

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Programa de Mestrado em Direito

Valkiria Briancini

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

CAXIAS DO SUL

2007

Valkiria Briancini

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade de
Caxias do Sul como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz

CAXIAS DO SUL

2007

Aos meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, minha
gratidão, pela oportunidade concedida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Wilson Antônio Steinmetz pela atenção
dedicada a esta dissertação.

Aos professores do Programa pelos ensinamentos que construíram esta caminhada.

Aos meus colegas do Programa pelo companheirismo em todos os momentos.

A minha família e aos amigos pelo apoio, incentivo e afeto.

RESUMO

As relações de trabalho são formadas por dois sujeitos, de um lado o empregador, que através do poder diretivo tem o poder de dirigir, organizar, fiscalizar a prestação do serviço do empregado; de outro, o empregado, subordinado juridicamente ao empregador. No entanto, o poder diretivo do empregador não é absoluto, mas sim é limitado pela presença dos direitos fundamentais do empregado (e.g. direito fundamental à intimidade, a vida privada, à não-discriminação), que possuem eficácia na esfera das relações de trabalho. Assim, o estudo tem por objeto a colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado. Nos casos de colisão desses direitos as soluções apresentadas nos casos concretos devem sempre procurar harmonizar as espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar, procurando manter a unidade da Constituição. Para tanto, nestas situações o intérprete/aplicador do direito emprega o método da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, como meio de interpretação, aplicação e como forma de sopesamento nas situações de tensão e conflito entre bens constitucionalmente protegidos, que por se tratarem de normas constitucionais não se cogita de hierarquia entre ambas, conforme se constata no estudo tópico realizado em algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho sobre colisão de direitos fundamentais e poder diretivo.

Palavras-chaves: Colisão. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Poder diretivo.

ABSTRACT

The employment relationships are formed by two subjects, on the one hand the employer, which through the directive power has the right to direct, organize, supervise the installment of the service of the employee; of another, the employee, legally subordinate to the employer. However, the directive power of the employer is not absolute, but it is limited by the presence of the fundamental rights of the employee (eg fundamental right to privacy, non-discrimination), which have effectively in the sphere of labour relations. Thus, the study has as its object the collision of fundamental rights in the employment relations between the directive power of the employer and the fundamental rights of the employee. In the case of collision of these rights the solutions presented in individual cases must always seek to harmonise the areas of tension between the constitutional requirements to achieve, trying to maintain the unity of the Constitution. This way, in these situations the interpreter / applicator of the right uses the method of the balance of goods and the principle of proportionality and its subprinciples, as a means of interpretation, application and as a way of balance in situations of tension and conflict between constitutionally protected rights, which by constitutional rules that they do not have hierarchy between them, as noted in the study topic held in some decisions of the Superior Labour Court on collision of fundamental rights and directive power.

Key-words: Collision . Directive power Fundamental rights. Principle of the proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	11
1.1 Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.....	11
1.1.1 Direito constitucional do trabalho.....	11
1.1.2 Direito do trabalho e direitos fundamentais.....	15
1.2 Os Direitos Fundamentais e o Poder de Direção do Empregador.....	20
1.2.1 Conceito de poder de direção.....	21
1.2.2 Fundamento legal e doutrinário o poder de direção.....	23
1.2.3 Eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho.....	25
1.2.4 Os direitos fundamentais como limites do poder de direção do empregador.....	29
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS PRINCÍPIOS	34
2.1 Interpretação Constitucional e direitos fundamentais.....	33
2.1.1 Métodos de interpretação constitucional e direitos fundamentais.....	35
2.1.2 Princípios de interpretação constitucional e direitos fundamentais.....	40
2.1.2.1 Princípio da unidade da constituição.....	41
2.1.2.2 Princípio do efeito integrador ou da eficácia integrativa.....	43
2.1.2.3 Princípio da máxima efetividade.....	43
2.1.2.4 Princípio da correção funcional ou da conformidade funcional.....	44
2.1.2.5 Princípio da concordância prática ou da harmonização.....	45
2.1.2.6 Princípio da força normativa da Constituição.....	45
2.1.2.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição.....	46

2.2 Teoria dos Princípios.....	47
2.2.1 Distinções entre princípios e regras.....	52
2.2.2 Conflito entre princípios e entre regras.....	56
2.2.2.1 Lei de colisão e direitos fundamentais.....	58
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RELAÇÕES DE	
TRABALHO.....	61
3.1 Método da Ponderação de Bens.....	61
3.2 Princípio da Proporcionalidade.....	64
3.2.1 Histórico.....	64
3.2.2 O princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988.....	68
3.2.3 Princípio da proporcionalidade.....	70
3.2.4 Subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade.....	71
3.2.4.1 Subprincípio da adequação ou da idoneidade.....	72
3.2.4.2 Subprincípio da necessidade ou da exigibilidade.....	72
3.2.4.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	74
3.2.5 Princípio da proporcionalidade e relações de trabalho.....	75
4 PODER DIRETIVO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA	
PROPORCIONALIDADE: ESTUDO TÓPICO.....	77
Caso 1 – Revista íntima.....	80
Caso 2 – Rescisão de contrato de trabalho por HIV.....	83
Caso 3 – Monitoramento do correio eletrônico.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS.....	92
ANEXOS.....	97
Anexo 1 – Inteiro Teor do Acórdão da Decisão apresentada no Caso 1 – Revista íntima.....	98
Anexo 2 – Inteiro Teor do Acórdão da Decisão apresentada no Caso 2 – Rescisão de contrato de trabalho por HIV.....	102
Anexo 3 – Inteiro Teor do Acórdão da Decisão apresentada no Caso 3 – Monitoramento de correio eletrônico.....	108

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho são formadas por dois sujeitos, o empregado e o empregador, e caracterizam-se pela subordinação jurídica do empregado ao poder diretivo do empregador, conferindo a este o poder de dirigir a prestação pessoal dos serviços, de fiscalizar as atividades dos empregados, e até a faculdade de aplicar sanções.

Todavia, o exercício do poder diretivo não é absoluto, incondicionado ou ilimitado. Ele está sujeito aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais assegurados aos empregados enquanto sujeitos na relação de trabalho.

E as relações de trabalho, enquanto atividade fundada na subordinação, os direitos fundamentais têm eficácia reconhecida nos contratos de trabalho, principalmente, em razão da pessoalidade e da subordinação que caracterizam o vínculo, ainda que o sujeito opressor não seja o Estado, mas o empregador – pessoa jurídica de direito público ou privado, o que não interfere no *status* desses mesmos direitos que continuam sendo direitos fundamentais com positividade constitucional.

Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição resguarda direitos aos empregados, igualmente tutela a autonomia diretiva. Dessa forma, muitas vezes nos deparamos com situações de colisão entre esses bens protegidos constitucionalmente – direito à propriedade, a livre iniciativa e direitos fundamentais dos empregados, como, por exemplo, quando o empregador fazendo uso do poder diretivo instala câmeras filmadoras, realiza revistas íntimas, efetua monitoramento de correio eletrônico, dentre outras e acaba adentrando na esfera dos direitos fundamentais do empregado, como direito à intimidade, à vida privada, à honra e à dignidade, e como trata-se de normas constitucionais não se cogita hierarquia, devendo, no caso concreto, serem interpretadas, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar, procurando manter a unidade da Constituição.

Como é cada vez mais corrente o emprego de usos de meios de fiscalização dos bens e serviços por parte do empregador, onde em muitos casos, o meio utilizado adentra na esfera

dos direitos fundamentais do empregado, gerando tensões/colisões de direitos na relação de trabalho. Assim, a pesquisa procurou verificar como se deve realizar a interpretação e aplicação do direito nos casos em que nos deparamos com situações de colisão de direitos na esfera laboral, entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado.

Partindo dessa constatação, verificamos que a doutrina contemporânea, sobre a interpretação e aplicação do direito constitucional, vem utilizando-se do princípio da proporcionalidade como princípio hermenêutico, voltado a auxiliar o intérprete na aplicação do direito. Daí o objetivo do presente estudo, qual seja, investigar a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de interpretação, aplicação e como forma de sopesamento nas situações de conflito nas relações de trabalho entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, visando harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais por meio da ponderação dos direitos em conflito.

A estrutura da pesquisa empregou o método analítico-argumentativo, baseando-se na investigação e revisão de textos doutrinários, artigos, legislação e decisões de tribunais, visando estabelecer um encadeamento de conceitos e informações pertinentes à constitucionalização do direito do trabalho, presença dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, interpretação constitucional e princípio da proporcionalidade, munindo o estudo com elementos necessários para levar a cabo a investigação proposta. Uma vez colocados a idéia e o objetivo do presente estudo, cumpre apresentar o plano de desenvolvimento.

O primeiro capítulo está centrado na constitucionalização do direito do trabalho. Na seqüência abordamos os direitos fundamentais nas relações de trabalho, onde são apresentados alguns dados históricos dos direitos fundamentais, bem como suas classificações. Por fim, ainda no mesmo capítulo, analisamos o poder diretivo do empregador, conceito, fundamentos legais, constitucionais e teóricos e as suas limitações frente os direitos individuais do empregado.

O segundo capítulo trata da interpretação constitucional. Expõem-se os métodos de interpretação e os princípios de interpretação constitucional, uma vez que, quando em conflito estiverem dois ou mais bens protegidos constitucionalmente deve-se sempre manter a unidade da Constituição no momento da interpretação e da aplicação do Direito ao caso concreto. Encerrando o capítulo, estuda-se a distinção entre princípios e regras e as formas de solução dos conflitos entre essas espécies normativas, uma vez que as colisões presentes nas relações de trabalho entre o poder diretivo e os direitos fundamentais dos empregados ocorrem entre princípios constitucionais.

Em um terceiro momento apresenta-se o princípio da proporcionalidade, investigando sua origem, sua base constitucional, seu conceito e as variantes terminológicas empregadas. Na seqüência, abordam-se os seus subprincípios, quais sejam: da adequação ou da idoneidade, da necessidade ou da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O último capítulo é dedicado ao estudo tópico da utilização do princípio da proporcionalidade como meio de interpretação, aplicação e ponderação nas situações de tensão entre poder diretivo e direitos fundamentais dos empregados nas relações de trabalho, a partir da análise de decisões de Tribunal Superior do Trabalho.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Tendo em vista que a presente pesquisa tem por objeto estudar as colisões de direitos fundamentais nas relações de trabalho entre poder diretivo do empregador e direitos fundamentais do empregado, neste primeiro capítulo iniciamos abordando a constitucionalização do direito do trabalho e na seqüência, estudamos os direitos fundamentais e o direito do trabalho e concluimos apresentando o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais como limites a esse poder.

1.1 Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho

1.1.1 Direito constitucional do trabalho

O direito constitucional do trabalho¹ estuda os fundamentos das normas constitucionais da matéria trabalhista na Carta Constitucional, bem como os princípios e os institutos do direito do trabalho a partir das regras e dos princípios constitucionais.

Como se sabe, o direito do trabalho não fez parte desde sempre do constitucionalismo. Na sua origem, o constitucionalismo estava voltado aos aspectos políticos, relacionados com as normas relativas à estrutura e ao funcionamento do Estado, não abarcando as questões econômicas ou sociais.²

¹ Sobre o tema: SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; e, BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

² “A pregação dos teóricos do ‘Iluminismo’ contra o absolutismo das Monarquias forjou [...] os fundamentos doutrinários das revoluções do final do século XVIII e do século XIX, no sentido da organização do Estado em instrumentos escritos de suprema hierarquia (constituição), consagrando a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário [...], a liberdade política [...] e o liberalismo econômico [...] no plano político e econômico.” BELTRAN, *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, 2002, p. 73. No final do

Após a primeira Guerra Mundial, o Direito do Trabalho “caracteriza-se, sobretudo, pela incorporação de medidas de caráter social aos textos das Constituições em todos os países democráticos e pela intensificação da legislação ordinária em todas as nações civilizadas, abrangendo todos os aspectos da regulamentação do trabalho”³.

Historicamente a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919 foram responsáveis pela elevação de alguns princípios do Direito comum do trabalho ao plano constitucional. Para Manoel Alonso Olea, muitos dos preceitos constitucionais sobre o trabalho eram mais sociológicos que jurídicos, outros tratavam de proibições ou proclamações reconhecidos diretamente pela Constituição ao cidadão ou as suas associações – como, por exemplo, o direito à livre sindicalização - e mantidos pelos juízes, no momento da aplicação do texto constitucional ou da interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição, nesse último contexto haveria a aplicação de princípios constitucionais – liberdade de associação, de expressão ou de reunião, de residência, por exemplo.⁴

O direito constitucional do trabalho trata dos direitos individuais e sociais⁵ consagrados no texto da Constituição. Aos direitos individuais correspondem, ainda que não exclusivamente, prestações de natureza negativa, isto é, abstenções do Estado e dos outros indivíduos em relação à fruição da liberdade em suas diversas manifestações e de outros direitos concernentes ao indivíduo.

A seu turno, os direitos sociais, assim como os econômicos e os culturais, implicam prestações positivas através das quais o Estado, outros entes públicos e a sociedade são

século XVIII e início do século XIX, “Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. [...] O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas Constituição de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.” COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51

³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 5

⁴ ALONSO OLEA, Manoel. *Introdução ao direito do trabalho*. 4. ed. rev. São Paulo: LTr, 1984, p. 231-232.

⁵ A expressão ‘direitos sociais’ é polissêmica, desdobrando-se em diversas significações. Cesarino Júnior defende a designação direito social, como sendo: “[...] a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e a terem acesso à propriedade privada”, abrangendo o direito do trabalho (individual e coletivo), o direito assistencial e o direito previdencial. CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 36-37.

compelidos a contribuir, a dar assistência e ajuda ou a proporcionar determinadas condições aos mais fracos e necessitados, buscando corrigir situações de desigualdade.

Os direitos sociais abrangem⁶ educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁷.

José Afonso da Silva agrupa os direitos sociais em seis categorias: direitos sociais relativos ao trabalhador, que se subdividem em direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho (art. 7º, da CF) e direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 9º a 11, da CF); direitos sociais relativos à seguridade, que abrangem direitos à saúde, à previdência e à assistência social; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos relativos à moradia; direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.⁸

A Constituição Federal de 1988⁹, no plano dos princípios fundamentais (Título I), que interessam ao constitucionalismo social, dispõe, entre outros, os seguintes

⁶ Conforme art. 6º da CF. “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷ O que remete ao art. 193, que abre o título da ordem social. “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 286-287.

⁹ Sússekind e Beltran nos apresentam um contexto histórico da inserção do direito do trabalho nas Cartas Constitucionais do Brasil. A Constituição de 1824, como as contemporâneas daquele momento histórico, deixou de cuidar das questões relacionadas como o trabalho subordinado, tendo, todavia, abolido as corporações de ofício. Embora “consagrando a filosofia liberal da revolução francesa, “não tratou dos direitos sociais do trabalhador, que pressupõem a intervenção do Estado nas relações contratuais. Imitando a Lei Lê Chapellier (1791), proibiu as corporações de ofício (art. 179, n. 25)” SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, 2004, p. 29. A Constituição de 1891 não cuidou dos direitos sociais do trabalhador, “limitando-se a garantir o ‘livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial’ (art. 127, § 24).” Idem, p. 30. A Carta Constitucional de 1934, de feição social – democrática, previu a instituição da Justiça do Trabalho (art. 122) e o salário mínimo (art. 121, b), tendo acolhido em seu art. 120 o princípio da pluralidade sindical e a autonomia dos sindicatos. Idem, p. 34-38. A Constituição de 1937, “de índole corporativa, “previu que o Parlamento Nacional teria a colaboração do Conselho da Economia Nacional, constituído este de representantes dos empresários e dos trabalhadores designados pelas respectivas entidades sindicais. [...] O trabalho [...] como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa (art. 135)”. Idem, p. 35. Discorrendo sobre a Constituição de 1946, Sússekind, diz ser esta, o melhor dos estatutos fundamentais brasileiros. Definiu o trabalho como obrigação social; o direito de greve foi reconhecido, embora sujeito a regulamentação por lei ordinária; a participação nos lucros da empresa; a incorporação da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário; o poder normativo em dissídios normativos. Idem, p. 36-40

Nas palavras de Beltran, “O movimento militar de março de 1964 levou o Congresso Nacional a assumir poderes constituintes, tendo, em 24 de janeiro de 1967, aprovado nova Constituição. Restringiu o direito de greve nos serviços públicos e atividades essenciais; deu-se início à progressiva eliminação da estabilidade decenal com a implantação simultânea do regime do FGTS, em caráter de opção. O Tribunal Superior do Trabalho continuou a ser a instância derradeira em matéria trabalhista, salvo decisões contrárias à Constituição.” BELTRAN, *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*, 2002, p. 112-113. E segue, “Com respeito à Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o maior destaque foi a atribuição, para a Justiça Federal, da competência para julgar litígios decorrentes das relações dos servidores públicos com a União, autarquias e empresas federais, qualquer que fosse o seu regime jurídico.” Ibidem.

fundamentos e objetivos: “a dignidade da pessoa humana”; “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; “o pluralismo político”; (art. 1º, III, IV, V); “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I, III e IV).

Em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988, no Capítulo I, apresenta os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e os “Direitos Sociais” no Capítulo II.

Nas palavras de Beltran, “O grande rol de dispositivos versando sobre direitos dos trabalhadores encontra-se no art. 7º, de forma minuciosa, complementado pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [...] Muitos de seus preceitos são auto-aplicáveis, outros dependem de regulamentação por legislação infraconstitucional.”¹⁰

O disposto no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal¹¹, que admite a existência de outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, assim como dos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tem grande importância para o direito do trabalho, em razão da grande produção normativa da Organização Internacional do Trabalho, sobretudo as Convenções, que estão sujeitas à ratificação, sendo então inseridas no ordenamento pátrio¹².

Não se pode olvidar a Emenda Constitucional n. 114, de 8 de dezembro de 2004, que alterou a competência da Justiça do Trabalho, passando essa a ser competente para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho e não mais, somente, os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Assim, uma vez apresentada, ainda que de forma sucinta, a constitucionalização do direito do trabalho, analisaremos, a seguir, a presença dos direitos fundamentais no direito do trabalho.

¹⁰ BELTRAN, op.cit., 2002, p. 114.

¹¹ Art. 5º, § 2º. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹² A esse respeito escreve Sússekind: “Os tratados internacionais têm tido remarcada influência no campo das relações de trabalho, principalmente as *convenções* adotadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, desde 1919. A atividade normativa da OIT, desde a sua criação, importou numa significativa inovação do Direito Internacional, porquanto as convenções adotadas nas sucessivas reuniões da sua Conferência contêm normas cujo destino é a incorporação ao direito interno dos Estados que manifestarem sua adesão.” SÚSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, 2004, p. 75. Grifo do autor.

1.1.2 Direito do trabalho e direitos fundamentais

Os direitos fundamentais triunfaram nos fins do século XVIII com as revoluções liberais, surgindo como liberdades que buscavam a autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, exigindo que este se absteve de intervir na vida social.¹³

Segundo Canotilho¹⁴, os direitos fundamentais deslocaram-se em direção ao campo da positivação ou constitucionalização, a partir do *Virginia Bill of Rights* (1776) e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789).

A partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão os direitos fundamentais passaram a consagrar os princípios da liberdade, igualdade, propriedade, legalidade e as garantias individuais liberais, que influenciaram - e continuam a influenciar - as constituições contemporâneas.

Assim, “os direitos fundamentais clássicos costumam ser identificados como sendo ‘direitos de liberdade’ por traduzirem a afirmação de um espaço privado vital não sujeito à violação pelo Estado. Esse espaço é expressão da idéia de autonomia do indivíduo diante do Estado”¹⁵.

Para Canotilho,

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite [...], porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**¹⁶.

Os direitos fundamentais¹⁷ cumprem o que Canotilho¹⁸ chama de as funções dos

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 43.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

¹⁵ LEDUR, *A Realização do Direito do Trabalho*, p. 30-31.

¹⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 403. Grifo do autor.

¹⁷ Para Alonso Olea, os direitos trabalhistas são classificados como direitos humanos fundamentais, exemplificando com os direitos reconhecidos pelos Tratados Internacionais como o da dignidade da pessoa humana. ALONSO OLEA, op. cit., p. 234-235.

¹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 407-410.

direitos fundamentais, quais sejam: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não-discriminação.

Em 1948 a ONU edita a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹, que apresentou, além dos direitos e garantias individuais, também os direitos sociais, isto é, as prestações positivas do Estado a fim de garantir condições dignas de vida para cada indivíduo²⁰. A Declaração traz como ideal comum o esforço de os povos e nações para com os nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana.²¹

¹⁹ De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, “De um ponto de vista histórico, ou seja, da dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, direitos morais (cf. A. RUIZ MIGUEL, 1990; GREGORIO ROBLES, 1994, P. 181 S.; VILLALON, 1994, P. 160 S.), situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas do Direito interno (cf. MULLER, 1990; PERES LUÑO, 1991, p. 45; ROIG, 1992, p. 32 s.; HÄBERLE, 1994, p. 94 s.; COMPARATO, 1996, p. 44 e s.)” GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 38.

²⁰ Jellinek, partindo das sucessivas fases de afirmação dos direitos subjetivos, subdividiu os direitos fundamentais em quatro status: o passivo, o negativo, o positivo e o ativo. Modernamente, encontramos a conceituação dessas quatro modalidades de status em Robert Alexy, segundo suas observações, status passivo, também conhecido como *status subjectiones*, expressaria um estado de submissão do indivíduo ante o Estado. Assim, interpretação possível desse status consiste em que há mandados ou proibições legítimos, oriundos do Estado, aos quais o indivíduo está submetido. Outra compreensão estaria em tê-lo, simplesmente como a totalidade de mandados ou proibições que o Estado impõe, por ter competência para tanto. A seu turno, o status negativo ou *status libertatis* objetivaria o conjunto das liberdades jurídicas que o indivíduo possui em face do Estado. É o que a doutrina comumente designa como “direitos de defesa” do indivíduo frente ao Estado. O status positivo, também conhecido como *status civitatis*, traz a idéia de que o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de veicular pretensões positivas frente àquele. Por fim, o status ativo, corresponde à idéia de uma cidadania ativa, que se expressa, por exemplo, no direito de sufrágio. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 247-261. Ingo Wolfgang Sarlet nos leciona o seguinte a cerca dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa e de prestação: “De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e de propriedade. [...] portanto, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.”. Em relação aos direitos fundamentais como direitos a prestações, o autor apresenta o seguinte: “Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos de prestação, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática). Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175-176 e 195.

²¹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preocupou-se, fundamentalmente, com quatro ordens de direitos individuais, conforme expõe Bastos: “Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 28 de julho de 1919, e do processo de constitucionalização dos princípios trabalhistas, chegando à Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, “o trabalho alcança a máxima dignidade como realidade, sem a qual a vida comunitária é incompreensível e sem cujo respeito e dignificação a vida social fica aquém dos limites da decência”²².

Dessa forma, da presença do trabalho na antiguidade até o desenvolvimento das suas particularidades, enquanto atividade fundada na subordinação, os direitos humanos fundamentais têm desdobramentos concretos nos direitos e deveres que constituem os contratos de trabalho, principalmente, em face da pessoalidade e da subordinação que configuram o vínculo. Ainda que o sujeito opressor não seja o Estado, mas o empregador (sejam pessoas privadas, sejam pessoas jurídicas de direito público ou estatais). O que em nada interfere no *status* desses mesmos direitos: continuam sendo direitos fundamentais, com positividade constitucional.

Em relação aos direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores, pois consagra os "direitos e deveres individuais e coletivos" e abre um capítulo para definir os direitos sociais.

A Constituição não enumera exaustivamente os direitos fundamentais, pois, além dos direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros decorrentes do regime e dos tratados por ela adotados, como anteriormente mencionado.

Os direitos fundamentais podem ser estudados das mais diferentes formas. Dentre

direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 161.

²² ALONSO OLEA, *Introdução ao direito do trabalho*, 1984, p. 234.

essas formas, podemos estudá-los dividindo-os em dimensões²³, como afirmam Alexy²⁴, Hesse e Guerra Filho²⁵, ou sob a forma de gerações, conforme acreditam Bonavides²⁶, Bobbio²⁷ e outros doutrinadores. É possível, ainda, classificá-los conforme são arrolados na Constituição, conforme leciona Silva²⁸, que afirma estarem ordenados os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos). Romita utiliza o termo famílias (naipes ou grupos) ao tratar das gerações de direitos fundamentais.²⁹

No Brasil, como já vimos, os direitos fundamentais estão presentes no campo da regulação das relações de trabalho tanto individuais quanto coletivas. Como a primeira geração de direitos tem como titular o indivíduo, são os direitos de liberdade – direitos civis e políticos, que são oponíveis ao Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ou seja, são os direitos de resistência face ao Estado, e entram

²³ Os direitos fundamentais podem ser estudados com projeções multidimensionais, sendo essa uma característica do modelo epistemológico mais adequado, segundo propõe Robert Alexy. O referido modelo é tridimensional, podendo ser visto como uma tentativa de conciliar três das principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, nota 7, p. 11. Dessa forma, temos (a) "dimensão analítica", (b) "dimensão empírica" e (c) "dimensão normativa". "A primeira dimensão em que os estudos da Teoria dos Direitos Fundamentais é dita 'analítica', sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão, é denominada 'empírica', por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente -, na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a 'normativa', enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada." Idem. p. 11-12.

²⁴ Habilitationsschrift. Tese de livre docência versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, como apoio em seu mestre, Ralf Dreier. GUERRA FILHO, Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11.

²⁵ Guerra Filho sustenta que falar em dimensões é melhor do que gerações de direitos fundamentais, onde "[...] não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas". É que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior. Exemplifica da seguinte forma, temos que "o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental". Idem, p. 13

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563.

²⁷ BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992. p. 4-7.

²⁸ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2002, p. 182-183.

²⁹ No entendimento de Romita uma vez que as gerações se sucedem com o passar do tempo, umas tomam o lugar das outras. O que não ocorre com os direitos fundamentais, pois com a revelação dos direitos de determinado naipe não faz desaparecer os anteriores. "Os diferentes grupos de direitos fundamentais existem simultaneamente, concomitantemente, sendo impensável a supressão dos direitos de primeira e segunda 'gerações' pelo fato de se revelar uma terceira geração". ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 89.

na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek.

Nas relações de trabalho os direitos de primeira geração são todos os direitos civis da pessoa humana que podem sofrer lesão no ambiente de trabalho, tais como: a honra, a intimidade, a vida privada e a dignidade da pessoa humana, que são direitos fundamentais de primeira geração. Da mesma forma, quando o artigo 7º, XXII, da CF assegura o direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança", está assegurando os direitos à própria vida do trabalhador e sua integridade física e psíquica.

Os direitos de segunda geração, proclamados na Constituição de Weimar, exerceram um importante papel nas Cartas Constitucionais pós-segunda guerra, tendo o princípio da igualdade como razão desses. Assim, os direitos de segunda geração são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos.

Assim, podemos dizer que nas relações de trabalho os direitos de segunda geração são basicamente todos os direitos sociais "stricto sensu", muito estudados no direito do Trabalho e direito da Seguridade Social, sendo vasto seu elenco tais como: direito à previdência social, irredutibilidade salarial, direito ao salário mínimo, direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, direito às horas extras, à jornada regular de trabalho, direito às férias, ao décimo terceiro salário, direito às verbas rescisórias, direito à participação nos lucros e resultados da empresa, dentre outros.

Os direitos de terceira geração são aqueles direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade, podem ser identificados como sendo o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

No campo laboral os direitos de terceira geração, apresentam-se como direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado,³⁰ bem como nos direitos e garantias específicas de idosos, das crianças e dos adolescentes no trabalho³¹.

Nesse diapasão, uma vez identificados os direitos fundamentais nas relações de trabalho, no próximo item, estudaremos o poder diretivo do empregador e suas limitações

³⁰ Artigo 225. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações." c/c. Artigo 200. "Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho." ambos da Constituição Federal.

³¹ Conforme os artigos 26 a 28 do Estatuto do Idoso, os artigos 402 a 441 da CLT e os artigos 60 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

frente os direitos fundamentais do empregado.

1.2 Os direitos fundamentais e o poder diretivo do empregador

O contrato de trabalho está inserido em um âmbito no qual uma das partes, o empregador, detém o poder diretivo para organizar, regulamentar, fiscalizar os bens e serviços. A seu turno, o empregado, pela subordinação jurídica, obriga-se a acolher o poder diretivo do empregador na prestação do trabalho. Assim, poder diretivo e subordinação jurídica constituem os elementos da relação de trabalho contratual.³²

A subordinação³³ tem natureza contratual, pois ao contratar um empregado, o empregador visa tanto o seu trabalho quanto a sua subordinação”. Em síntese,

[...] na relação de emprego, o empregador adquire o direito de dispor da força de trabalho (e, conseqüentemente, da própria pessoa do seu prestador), nos limites quantitativos e qualitativos estabelecidos. Desse estado de disponibilidade (estar à disposição) resulta ser, o empregado, o sujeito subordinado na relação de emprego e, o empregador, o sujeito subordinante³⁴.

Dessa forma, podemos entender poder, de forma genérica, como “a possibilidade de alguém impor uma conduta ou um conteúdo a outrem, e está presente em quase todas as relações na sociedade.”³⁵

Na relação de trabalho o poder pode se manifestar em forma de vigilância, através

³² Assim, por força do contrato de trabalho, o empregado está subordinado ao empregador, e, portanto deve submeter-se ao poder diretivo do empregador. “O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador” NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 164.

³³ Acerca da subordinação na relação de trabalho ver: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relações de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev. atual e aum. São Paulo: LTr, 1999, p. 462 e ss.

³⁴ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 191

³⁵ MUÇOUÇAH, Renato de A. Oliveira. Considerações acerca do poder diretivo do empregado no teletrabalho. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, vol. 69, n. 4, abr.1 2005, p. 448. Para Foucault há “relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e [...] estas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer e nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993, p. 179. Para ele, o poder não é apenas uma dominação exercida por um indivíduo sobre outros, ou um grupo sobre outros, ou uma classe sobre outra, mas sim algo que “[...] funciona e se exerce em rede”, Idem, p. 183. Assim, o poder diretivo do empregador e os mecanismos de vigilância constituem a micro-mecânica do poder.

de câmeras filmadoras, monitoramento de “e-mails”, que permitem ao empregador manter o controle, “Há olhos invisíveis, múltiplos, a ver tudo o que faz o trabalhador, sem que este veja quem o analisa a distância. É o panoptismo”³⁶. No entanto, o empregador contrata a força de trabalho, o que não lhe dá o direito de adentrar na esfera dos direitos fundamentais do empregado, tais como vida privada, intimidade, e são nesses casos que nos deparamos, muitas vezes, com situações de tensão/colisão dos direitos fundamentais do empregado com o poder diretivo do empregador.

1.2.1 Conceito de poder diretivo

Maurício Godinho Delgado define o poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) como: “[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços”³⁷.

Luiza Riva Sanseverino define-o como a faculdade atribuída ao empregador “[...] de determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da prestação.”³⁸

Para Magano,³⁹ o poder diretivo do empregador não é uma faculdade; trata-se de uma “correlação entre o poder e o dever, levada na devida conta a limitação dos dois conceitos”. Assim, para o autor, o poder diretivo constitui uma capacidade, “forma genérica por meio do qual as pessoas se afirmam no mundo jurídico”.

³⁶ MUÇOUÇA, op. cit., p.449. O Panóptico, idealizado por Bentham, foi explicitado por Foucault: “[...] o princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades especiais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar da luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhet. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 165.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 631.

³⁸ SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 207.

³⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 63.

Conforme Magano, quando há relação direta entre o empregado e o empregador, o poder diretivo surge como direito potestativo, por que atribui ao empregador “[...] a capacidade de influir a qualquer momento sobre a relação jurídica existente, determinando o conteúdo das prestações das partes”⁴⁰.

Filiamos-nos a definição apresentada por Delgado por entendermos o poder diretivo como o conjunto de prerrogativas – direitos- atribuído ao empregador de dirigir, fiscalizar, organizar o sistema e prestação de serviços no âmbito laboral. Como direito potestativo, como apresenta Magano, onde o empregador tem o direito de dispor de modo próprio, unilateral no contrato de trabalho, ele se apresenta atenuado, limitado ante a presença dos direitos fundamentais, enquanto direitos constitucionais assegurados ao empregado.

Portanto, é um direito atribuído ao empregador para satisfazer seu interesse próprio, mas em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais e cláusulas contratuais.

Como um desdobramento do poder diretivo, tem-se o poder regulamentar, caracterizado pela capacidade de elaborar o denominado regulamento de empresa, no qual se fixará as regras gerais a serem observadas no âmbito empresarial. Também caberá ao empregador o “poder de controle”, que consiste em fiscalizar as atividades de seus empregados. Mauricio Godinho Delgado, ao falar sobre o poder fiscalizatório, que seria uma das divisões do poder empregatício, juntamente com o poder diretivo, poder regulamentar e poder disciplinar, diz ser esse: “[...] o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”⁴¹. É o caso do empregador que pratica o controle de portarias, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas em determinadas funções e profissões.

Por fim, integra o poder diretivo o poder de exercer a atividade disciplinar, que assegura ao empregador um conjunto de prerrogativas destinadas a propiciar a fixação de sanções aos empregados em decorrência do descumprimento por estes de suas obrigações contratuais, que no direito brasileiro podem ser suspensão e advertência, e ao atleta profissional, ainda, a pena de multa.

⁴⁰ MAGANO, *Do poder diretivo na empresa*, 1982, p.59. Delgado aduz que nem todos os que dirigem são empregadores. “Empregados também dirigem, ou subdirigem. Empregador é o que detém, *ultima ratio*, em uma unidade econômica de produção ou troca de bens e serviços, o poder de direção. É a pessoa detentora do negocio ou exploradora da atividade e que coincide com aquela que lhe colhe os resultados.” DELGADO, op. cit., p. 210.

⁴¹ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, 2004, p. 634.

1.2.2 Fundamento legal e doutrinário do poder diretivo

Sendo entendido como prerrogativa de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços por parte do empregado, tem por fundamento legal o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁴², no qual, ao definir “empregador”, o legislador dispõe que cabe ao mesmo dirigir “a prestação pessoal dos serviços” do empregado⁴³. Ou seja, em outras palavras, é o empregador quem organiza, fiscaliza, dirige a prestação do serviço.

No aspecto doutrinário a teoria justralhista tem elegido algumas principais interpretações acerca da origem e fundamentação do poder empregatício, seriam: propriedade privada, institucionalismo, delegação do poder público e contratualismo.

A teoria da propriedade privada, segundo Delgado “[...] Constrói-se sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa e do estabelecimento.”⁴⁴ E segue, “Embora tenha tido numerosos adeptos no desenrolar da doutrina justralhista, não há como acatar-se o conjunto teórico característico à corrente da propriedade privada. Tais concepções, que atribuem o poder intra-empresarial à propriedade dos meios de produção, não exprimem com fidelidade o título e o fundamento jurídicos desse fenômeno de poder.”⁴⁵

A instituição como fundamento do poder empresarial emerge com relevância na Europa Ocidental na primeira metade do século XX, estando associada à inspiração política autoritária, que se destacou naquele período e manteve sua influencia em países de experimentação democrática mais rarefeita, como por exemplo, Brasil, Argentina, México.⁴⁶

No Brasil a sua mais ampla exposição é encontrada na obra de Luiz José de Mesquita, de 1950, *Direito disciplinar do trabalho*, referindo-se ao poder diretivo sustenta o autor:

⁴² Art. 2º, da CLT. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.”

⁴³ Encontramos a definição no art. 3º, da CLT. “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.”

⁴⁴ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 2004, p. 639. “A propriedade privada, como título e fundamentação do poder empresarial interno, é, talvez, a corrente mais antiga dentre as concepções, remontando ainda aos primórdios do Direito do Trabalho.”. *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, p. 640.

Visto do lado institucional esse direito encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se atingir um bem comum de ordem econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção nesse sentido.⁴⁷

Para Delgado, o institucionalismo também não exprime com fidelidade quer a fundamentação, quer o título do fenômeno do poder intra-empresarial, pois

Trata-se de concepção justificadora de certo tipo de situação de poder [...] do que de uma concepção explicativa dessa situação. Dissimula a presença da liberdade na relação empregatícia. [...] Nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes. Dissimula a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício através da idéia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesse próprios.⁴⁸

Delgado nos expõe que “A concepção publicística, que concebe o poder empregatício como delegação do poder público, irmana-se histórica e teoricamente, de certo modo, à vertente institucionalista. Ambas incorporam a matriz autoritária que prevaleceu na cultura política e jurídica ocidental da primeira metade do século XX.”⁴⁹ Dessa forma, todas as críticas lançadas ao institucionalismo aplicam-se à concepção publicística.

Prevalece hoje a tese de que o poder diretivo tem fundamento contratual⁵⁰, em razão da natureza assimétrica do contrato de trabalho, em que um dos contratantes, no caso o empregador, detém superioridade jurídica, lhe sendo assegurado um conjunto de prerrogativas, com base nas quais pode alterar, inclusive unilateralmente, as condições de trabalho. E, “[...] Por ser o contrato o elemento que melhor confere suporte à origem e

⁴⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p.

⁴⁸ Idem, p. 641.

⁴⁹ Idem, p. 641-642.

⁵⁰ “O contrato, como título e fundamentação do poder intra-empresarial, constitui, hoje, a concepção absolutamente hegemônica no conjunto da teoria justralhista. É concepção também com largo potencial explicativo da realidade, dando curso tanto a visões mais assimétricas acerca do fenômeno do poder, como a perspectiva mais dialética [...] acerca desse fenômeno. São contratualistas, [...] os juristas italianos Luiza Riva Sanseverino e Reanto Corrado. No direito inglês, arrolam-se nesse vertente os autores Charles Drake e M. Wright. No Brasil, Délio Maranhão, Nélio Reis, Arion Sayão Romita e inúmeros outros. As concepções que atribuem a existência e reprodução jurídicas do poder intra-empresarial ao contrato empregatício consistem naquelas que melhor traduzem o fundamento jurídico desse fenômeno.” DELGADO, op. cit., p. 643.

reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder.”⁵¹

Contudo, embora inerente à atuação do empregador, o poder diretivo não é absoluto, incondicionado ou ilimitado. Conforme se verá, além de outras restrições, está sujeito a sua atuação aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais. Assim, uma vez reconhecida a presença recíproca do poder diretivo e os direitos fundamentais no contrato laboral, examinaremos em seguida a questão da eficácia desses direitos no contrato de trabalho.

1.2.3 Eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho

Por serem os direitos fundamentais de origem liberal sempre foram estudados e vistos como oponíveis exclusivamente ao Estado, negando sua aplicação nas relações entre particulares. No entanto, embora sua origem esteja na idéia de limitação do poder estatal, modernamente eles regulam também as relações dos particulares entre si, na medida em que a liberdade humana pode restar violada ou ameaçada pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas.⁵²

Dessa forma, “[...] no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos.”⁵³

No contrato de trabalho, isso é claramente identificado uma vez que a relação de trabalho é relação desigual, onde o empregador detém posição de superioridade em face do poder diretivo que lhe é inerente, ao passo que o empregado orienta-se pela idéia de subordinação jurídica, sujeitando-se às ordens emanadas.⁵⁴

⁵¹ Ibidem.

⁵² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ “De um lado, é evidente que gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o do Estado, convertendo em pura ilusão a teórica igualdade das partes e a não menos teórica autonomia da vontade, e de outro, parece também que as instituições públicas se encontram longe de desempenhar uma função asseguradora da pureza e lealdade da competência. A liberdade contratual, por exemplo, encontra-se fortemente desvirtuada pelos monopólios e grupos empresariais, donde se entrecruzam interesses privados e estratégias políticas nacionais e transnacionais; e a questão não afeta somente o trabalhador, livre para contratar com seu ‘igual’, o empresário, senão todo o cidadão consumidor ou usuário de serviços. Nessas condições, os direitos humanos não somente têm sentido e operatividade nas relações de direito privado,

Como a Constituição tem sua força normativa em todo o ordenamento jurídico, e como o direito do trabalho faz parte desse ordenamento, os direitos fundamentais de titularidade ou conteúdo laboral devem ser respeitados no âmbito do contrato de trabalho.

Assim, cumpre definir de que forma e com que limites são resolvidos os conflitos e tensões que se originam entre o poder diretivo e os direitos fundamentais, sobretudo considerando que do contrato de trabalho emergem direitos que se limitam e implicam-se mutuamente.

Embora inegável a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais, há controvérsia sobre como se opera sua eficácia. Parte da doutrina admite a eficácia mediata ou indireta⁵⁵, que implica a necessidade de preservar a autonomia privada e, desse modo, torna-se indispensável a atuação de um órgão estatal como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, de forma indireta ou mediata, o que pode ocorrer por meio da mediação do legislador concretizando a norma constitucional ou quando o juiz intérpreta/aplica o direito à luz do direito constitucional.

Pela teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio, como sistemas de valores, ou ainda como ordem objetiva de valores.

senão que inclusive alguns desenvolvem sua eficácia principalmente neste âmbito.” SANCHÍS, Luiz Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 209. Apud STEINMETZ, op. cit., nota 54, p. 87

⁵⁵ Vejamos nas palavras de Steinmetz qual é o núcleo da teoria da eficácia mediata ou indireta, “A teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) – também denominada teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*) foi formulada, inicialmente, por Günther Dürig, e recebeu um decisivo impulso ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no *Caso Lüth* (1958). Desde então. Embora formulada e defendida sob distintos matizes, manteve um núcleo duro e estável de sentido que assim pode ser resumido: (i) normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial) isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediante* pelas (*através de*) normas e parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativo do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento ‘concretizante’ dos direitos fundamentais por meio da criação de regulares normativas específicas que delimitam o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na sua ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais), sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais (*e.g.*, ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito), isto é, devem fazer uso das cláusulas gerais, interpretando-as e aplicando-as em conformidade (‘preenchidas’, ‘informadas’, ‘influídas’) com os valores objetivos da comunidade que servem de fundamento às normas de direitos fundamentais ou com os valores que defluem dessas normas. As cláusulas gerais – por terem a função de oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos (intra-sistêmicos) e metajurídicos (metasistêmicos), limitativos do princípio da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais – serviriam como cláusulas de abertura para a ‘influência’ ou ‘irradiação’ dos direitos fundamentais no direito privado.” STEINMETZ, op. cit., 2004, p. 136-138. Grifo do autor.

Na síntese de Steinmetz, para Hesse, a teoria da eficácia mediata ou indireta de direitos fundamentais⁵⁶ é correta por que:

(i) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e com princípio que deflui do direito geral de liberdade; (ii) assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, sobretudo de direito civil; (iii) responde melhor ao postulado da certeza jurídica, porque as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento do que o das normas de direitos fundamentais (estas últimas são veículas por textos fragmentados, ambíguos e, sobretudo, vagos); (iv) evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno que não seria bom para o direito privado nem para o direito constitucional, porque (a) implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala, casos jurídicos-privados em casos jurídicos-constitucionais e, por consequência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional.⁵⁷

Por outro lado, apresenta-se a teoria da eficácia imediata ou direta.⁵⁸ Tem por fundamento a idéia de que a ordem jurídica forma uma unidade, e todo direito só disciplina com base e no marco da Constituição.⁵⁹

Na síntese de Naranjo de La Cruz, na teoria da eficácia imediata,

[...] os direitos, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos

⁵⁶ Sobre pontos e contrapontos acerca da teoria eficácia mediata ou indireta ver STEINMETZ, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 153 e ss.

⁵⁷ STEINMETZ, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 139-140.

⁵⁸ “A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) – também denominada teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*) – foi formulada, inicialmente, por Hans Carl Nipperdey e adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho.” STEINMETZ, op. cit., p. 164. Suas premissas básicas são as seguintes: “(i) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares. [...] (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados. (iii) Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.” STEINMETZ, op. cit., p. 168-169.

⁵⁹ Nas palavras de Pereira, “A tese da eficácia direta postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que assumam posições de poder. Nas situações que envolvem iguais, embora não se aplique a finalidade protetora dos direitos fundamentais, estes também incidem diretamente, sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto, (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 160.

particulares.⁶⁰

No entanto, a diferença entre as duas teorias reside no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a norma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. Direitos e obrigações nas relações entre particulares podem e devem ser deduzidas diretamente das normas constitucionais de direitos fundamentais.⁶¹

O contrato de trabalho, mesmo compreendendo uma relação entre particulares, não se estabelece entre indivíduos iguais e com plena autonomia. Nele encontramos uma relação jurídica vertical, desigual e de sujeição, na qual uma das partes detém posição superior em que reside o poder diretivo do empregador e, em decorrência de tal posição, o empregado tem sua liberdade e poder de autodeterminação limitada.

Atualmente, é cada vez mais freqüente na jurisprudência o debate em torno da eficácia dos direitos fundamentais não diretamente laborais no contrato de trabalho. Como já visto a origem das discussões deu-se no direito germânico, a partir de decisões do Tribunal Federal do Trabalho alemão.⁶² No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admitiu a

⁶⁰ Rafael Naranjo De La Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, p. 215. Apud STEINMETZ, op. cit., p. 167.

⁶¹ STEINMETZ, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2004, p. 167-168.

⁶² Em julgamento de 1957, o referido Tribunal reconheceu, com fundamento em princípios constitucionais, sem intermediação de qualquer norma ordinária da legislação trabalhista, a nulidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio. Por sua vez, em julgamento de 1989, o mesmo Tribunal examinou caso de despedida de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusara-se a participar de pesquisa, conduzida por seu empregador, ligado ao desenvolvimento de um medicamento que, em caso de guerra nuclear, ajudaria os militares envolvidos a combater as náuseas. Nesse caso, o julgamento foi favorável ao trabalhador através da aplicação imediata e direta de norma de direito fundamental. SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. IN: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 221. Na Espanha, onde essa concepção exerce forte influência na teoria constitucional contemporânea e tem sido acolhida pelo Tribunal Constitucional da Espanha. Este desenvolveu a temática a partir da exigência de que o empregador, dentro da relação contratual de trabalho, deve respeitar os direitos fundamentais. Em julgamento de 1993, o TC apreciou suposta violação de direitos fundamentais por ter o empregado sido demitido por manifestar-se publicamente contra a empresa em que trabalhava. Idem, p. 221-224. Nesse caso, a Corte espanhola decidiu que “[...] la celebración de un contrato de trabajo no implica em modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución lê reconoce como ciudadano [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la

incidência dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, no RE nº. 161.243-6 – DF, no qual trabalhador brasileiro, empregado da empresa aérea Air France, pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, que a princípio somente beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa. Nesse caso, decidiu o STF pela aplicação direta e imediata de princípio constitucional, entendendo configurada ofensa ao princípio da igualdade, na medida em que “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional”.⁶³

Em face do princípio da unidade da constituição⁶⁴ e da necessidade de harmonização prática dos valores constitucionalmente tutelados, os direitos fundamentais são relativos e limitados, no entanto, comprovada sua eficácia no contrato de trabalho, temos que analisar com que limites se condicionam os direitos e deveres, ou seja, devemos investigar com que limites se opera a incidência dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho.

1.2.4 Os direitos fundamentais como limites do poder diretivo do empregador

O poder diretivo não é ilimitado, ainda que presente, a subordinação jurídica do empregado, não implica que ele tenha de se sujeitar a qualquer tipo de ordem do empregador, por exemplo, fora do local de trabalho não existe vínculo de subordinação, a

sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependência de sus titulares deban suportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional.” BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.390. *Apud* SARMENTO, op. cit. p. 225.

⁶³ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) - PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. RE 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 29/10/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma

⁶⁴ Acerca dos princípios de interpretação constitucional ver o capítulo seguinte.

rigidez do poder diretivo se atenua quando aumenta a intelectualidade da prestação laboral. O empregado pode recusar-se a cumprir uma ordem quando acarretar grave perigo, ou for manifestamente ilegal, de difícil execução ou imposição, ou ainda alheia aos serviços para os quais foi contratado.⁶⁵ Em outras palavras, os limites do poder diretivo são demarcados pela licitude da ordem, pelos termos do contrato e pela razoabilidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho não contempla dispositivo específico destinado a limitar o poder diretivo do empregador em face dos direitos de personalidade do empregado. No entanto, é certo, porém, que alguns preceitos da CLT levam em conta aspectos da vida privada e da vida íntima do trabalhador.⁶⁶

Para Magano, os direitos fundamentais representam um limite ao poder diretivo, pois “[...] o exercício do poder diretivo não pode interferir em certos direitos do trabalhador, tais como o da liberdade física, o da liberdade de consciência, os derivados do *status civitatis* e do *status familiae*.”⁶⁷ E, principalmente nesse aspecto, é pela falta de razoabilidade que o poder diretivo do empregador pode confrontar-se com os direitos de personalidade do empregado⁶⁸.

⁶⁵ Para Delgado existem limites ao poder fiscalizatório e nos aponta o seguinte em relação aos limites do poder de direção na Itália. “Existem ordens jurídicas mais avançadas que a brasileira que estabelecem firme contingenciamento ao exercício de tais atividades de fiscalização e controle internas à empresa, em benefício da prestação à liberdade e dignidade básicas da pessoa do trabalhador. O Estatuto do Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei n. 300, de 20.5.70), por exemplo, veda a presença permanente (não o ingresso excepcional) de guardas de segurança no estrito local de cumprimento das atividades laborais obreiras (art. 2º); veda, como regra, o “uso de instalações audiovisuais de outros aparelhos com fins de controle a distância das atividades dos trabalhadores”, além de submeter a utilização de instalações eventualmente necessárias em face de outros objetivos ao “prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa, ou então, na falta destas, a comissão interna” (art. 4º); veda, também, como regra, as inspeções, em certos casos, sempre mediante acordo entre o empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou, na falta destas, com a comissão interna (art. 6º).” DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 2004, p. 634-635.

⁶⁶ Entre os do primeiro grupo (vida privada), a possibilidade do gozo de férias por membros da mesma família - CLT, art. 136, § 1º - e a recusa de prestação de serviços contrários aos bens costumes - CLT, art. 483, alínea a.- e, entre os do segundo grupo (vida íntima), a manutenção, pela empresa, de locais reservados para as empregadas amamentarem seus filhos - CLT, arts. 389, § 1º, e 396. A este elenco, cabe acrescentar os dispositivos da Lei n. 9.029, de 13.4.1995, que vedam a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção (art. 1º) e tipificam o crime de exigência de teste, atestado, etc., relativo à esterilização ou a estado de gravidez (art. 2º). Na legislação estrangeira podem ser recolhidos exemplos da preocupação com essa possibilidade. Na Itália, o Estatuto dos Trabalhadores que limita o poder diretivo do empregador em função do respeito a direitos de personalidade. Também na Argentina há normas específicas a respeito, o mesmo ocorrendo na Espanha, cuja legislação se inspirou na legislação italiana. CASELA, João Carlos. Proteção à intimidade do trabalhador. In: MALLETT, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). *Direito e Processo do Trabalho* – estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1996, p. 483.

⁶⁷ MAGANO, *Do poder diretivo na empresa*, 1982, p. 236.

⁶⁸ Os direitos de personalidade são aqueles que competem em seu exercício e utilização, exclusivamente aos seus titulares. São intransmissíveis, irrenunciáveis, e inerentes à condição da dignidade do homem. O Código Civil dedica o Capítulo II, do Livro I, aos Direitos de Personalidade, bem como o texto constitucional, como já foi dito, enumera-os, exemplificativamente, no artigo 5º, inciso X, da CF, como sendo o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Conforme nos esclarece Belmonte, “[...] o que o indivíduo sente, pensa e deseja, diz respeito à sua intimidade, ao passo que o modo como vive, com quem se relaciona

Assim, uma vez reconhecida a vinculação direta dos sujeitos do contrato de trabalho aos direitos fundamentais, isso não significa, por certo, que tais direitos possam ser aplicados tal como se dá nas relações entre cidadãos e o Estado, haja vista que, conforme assinalado, o empregador é titular do poder diretivo, com sede material na Constituição, no direito de propriedade do empregador (art. 5º, XXII, CF) e na livre iniciativa (art. 170, CF). Desse modo, ao mesmo tempo em que são resguardados os direitos do empregado, igualmente é tutelado o poder diretivo do empregador. No entanto, como já demonstrado, o poder diretivo não é ilimitado e absoluto e encontra limitações nos direitos fundamentais.

A Constituição Federal rejeita condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que ofendam a liberdade e a dignidade da pessoa do empregado. Tais condutas entram em confronto com o universo normativo de princípios presentes na Carta Magna, eis que esta teve a pretensão de instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (Preâmbulo da CF/88). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituídas em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), que tem dentre seus objetivos fundamentais “constituir uma sociedade justa e igualitária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88).⁶⁹

E, ao lado de todos esses princípios, existem também, na Constituição, princípios impositivos, que afastam a possibilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços exigidas pelo empregador em decorrência do seu poder diretivo, que agridam a liberdade e a dignidade básicas da pessoa natural do empregado, como por exemplo, o princípio geral da igualdade de todos perante a lei e da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou

e o que possui, tem pertinência com a sua vida privada.” BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156. Assim, o direito à intimidade e à vida privada não se tratam da mesma coisa, enquanto o direito à intimidade abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria família pode desconhecer (e.g. preferências sexuais, hábitos, vícios), o respeito à vida privada, abrange suas relações familiares e com terceiros (e.g. exigir certa conduta de sua parte, em períodos de recessos de trabalho, como por exemplo, só tomar bebida “x” porque é de fabricação do empregador). Como exemplos de invasão da intimidade do empregado pode-se citar a instalação de câmeras de vídeo em vestiários, banheiros, refeitórios ou outras áreas da empresa destinadas à socialização dos empregados; revistas pessoais constrangedoras, com inspeção em partes íntimas dos empregados.

⁶⁹ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 2004, p. 635.

degradante” (art. 5º, III, CF/88). Ainda o princípio geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88).

Assim, não raramente, nos deparamos com situações de colisões entre direitos protegidos constitucionalmente, residindo neste ponto, indubitavelmente, as maiores dificuldades para a convivência entre os direitos fundamentais e o poder diretivo do empregador. Uma vez que: “o conteúdo dos direitos que integram o rol das liberdades públicas é bastante amplo. Muitas vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer o confronto direto com outro, que tem no ordenamento jurídico (normalmente na Constituição), o mesmo patamar hierárquico. Ocorrerá, então, a chamada *colisão de direito*.”⁷⁰

Maior complexidade poderá envolver direitos cuja solução de colisão não está previamente determinada. Nessas situações, somente a análise do caso concreto indicará qual o direito que deverá prevalecer, especificando qual o direito que deverá sofrer restrição, ou seja, se no caso prevalece o poder diretivo do empregador ou o direito fundamental do empregado ou então buscar uma harmonização prática entre ambos.

A ordem jurídica brasileira não tem, ainda, preceitos tão claros na direção acima enunciada. Contudo, tem regras e princípios gerais capazes de orientar o aplicador/intérprete em face de certas situações concretas.

Dentro desses critérios de balizamento, faz-se necessário, inicialmente, identificar a existência de verdadeira colisão entre o poder diretivo e um ou mais direitos fundamentais, ou seja, estando princípios de mesmo patamar hierárquico em colisão, juridicamente pode-se recorrer à solução de se pensar qual o valor maior a ser protegido.

Dessa forma, na solução dessas tensões/colisões entre os princípios constitucionais representados pelo poder diretivo do empregador de um lado e os direitos fundamentais do empregado de outro, faz-se necessário um juízo de ponderação entre os bens jurídicos tutelados, objetivando-se sacrificar o mínimo possível os direitos em jogo.

Através da ponderação e dos princípios de interpretação constitucional, especialmente os da unidade da Constituição, concordância prática, harmonização e proporcionalidade, conteúdo que estudaremos nos capítulos seguintes - juntamente com as colisões e distinções entre princípios e regras, uma vez que estamos tratando de colisão

⁷⁰ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 122.

entre princípios constitucionais -, levando-se em consideração todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto para chegar a solução que assegure um resultado justo entre as partes envolvidas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Abrimos o estudo desse capítulo apresentando os métodos de interpretação e os princípios de interpretação constitucional, para na, seqüência, estudar a distinção entre princípios e regras e as formas de solução dos conflitos entre os mesmos, uma vez que as colisões encontradas nas relações de trabalho se constituem entre princípios constitucionais assegurados entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais dos empregados. Na busca da solução do conflito tem de haver clareza no sentido de que deve-se prezar pela unidade e pela harmonia da Constituição.

2.1 Interpretação constitucional e direitos fundamentais

A interpretação constitucional busca compreender, investigar e revelar o conteúdo, o significado e o alcance das normas que integram a Constituição. É uma atividade que torna possível concretizar, realizar e aplicar as normas constitucionais⁷¹. É o processo por meio do qual os enunciados lingüísticos que compõem a constituição – princípios e regras - adquirem conteúdo normativo.

A tarefa de toda a interpretação é, nas palavras de Hesse,

El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ através de un procedimiento racional y

⁷¹ Nas palavras de Canotilho: “Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A **interpretação jurídico-constitucional** reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição”. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1206. Grifo do autor.

controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, caso, el de la simple decisión por la decisión.⁷²

Contudo, realizar a interpretação “é um desafio à teoria e à dogmática constitucionais”, como nos aponta Steinmetz⁷³, o que explica ser “a interpretação constitucional um dos temas que mais têm ocupado a inteligência dos constitucionalistas contemporâneos”⁷⁴.

Böckenförde⁷⁵ analisa os seguintes métodos de interpretação constitucional: método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenêutico-concretizador. A sua lista passou a ser muito divulgada no Brasil, em especial na variante apresentada por Canotilho. Assim, no Brasil, fala-se em método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual e método normativo-estruturante,⁷⁶ que estudaremos a seguir.

2.1.1 Métodos de interpretação constitucional e direitos fundamentais

O método jurídico ou hermenêutico clássico parte da consideração de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Dessa forma, interpretar a Constituição é interpretar uma lei. Assim, devem ser utilizados os princípios e as regras tradicionais da hermenêutica, através da utilização dos elementos interpretativos: a) elemento filológico

⁷² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, n. 51, p. 35.

⁷³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 78.

⁷⁴ Idem, p. 79.

⁷⁵ Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: “O que Böckendörde quis, com essa lista, foi apenas fazer uma síntese do estágio da discussão na época da publicação de seu artigo, e não propor um conjunto de métodos complementares. O próprio título do artigo já é suficiente para demonstrar isso: ‘Métodos de interpretação constitucional: inventário e crítica’”. SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.134.

⁷⁶ Para Virgílio Afonso da Silva não costumam ser usados exemplos concretos da posição aplicação de cada um dos métodos. E tece o seguinte comentário a cerca da discussão sobre a interpretação constitucional e a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e compatibilidade entre eles. “Não se costuma examinar, por exemplo, quando se fala desse ou daquele método, como seria uma aplicação prática de cada um deles. As análises costumam limitar-se a expor a idéia teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois métodos não são um fim em si mesmos, mas existem para serem aplicados.” E segue seu posicionamento questionamento: “Por que, então, não se encontram análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método - isto é, por que não são utilizados exemplos concretos da jurisprudência do STF, ou de outros tribunais, para que seja exposto como tais casos teriam sido decididos se tivesse sido usado esse, aquele ou um conjunto de métodos? Talvez, porque essa demonstração seja impossível.” Op. cit., p. 135-136.

(literal, gramatical, textual); b) elemento lógico (sistemático); c) elemento histórico, d) elemento teleológico (racional); e) elemento genético.⁷⁷

Para Steinmetz citando Böckenförde, “o método hermenêutico clássico assenta-se sobre duas premissas: a) o método da interpretação da Constituição tem de ser idêntico ao método da interpretação de qualquer outra lei; b) a interpretação da lei vincula-se às regras da hermenêutica jurídica clássica, desenvolvida inicialmente por Savigny.”⁷⁸

Canotilho aponta que os preceitos constitucionais têm características diferentes dos preceitos legais ordinários.⁷⁹

Steinmetz aponta que Konrad Hesse critica a posição de Forsthoff, argumentando pela insuficiência do método hermenêutico clássico em face do caráter aberto e amplo da Constituição, “o que faz com que os problemas da interpretação sejam mais frequentes do que em outros âmbitos do ordenamento jurídico, nos quais as normas, em regra, apresentam-se mais detalhadas.”⁸⁰

Segundo o método tópico-problemático A interpretação se daria mediante um processo aberto de argumentação, entre os vários participantes, no qual se tentaria adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. “Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas das polissemias de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.”⁸¹

A principal crítica feita ao método tópico é a de que “Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas,”⁸² ou seja, a norma não deve ceder lugar ao problema e ser vista com um simples “tópoi”.

⁷⁷ Ernest Forsthoff, em texto datado de 1959, sustentou que à interpretação da Constituição deve ser aplicado o método jurídico clássico. A interpretação constitucional deve ser igual a interpretação das leis, não havendo necessidade de métodos diferentes. A crítica de Forsthoff era contra o chamado método científico-espiritual da interpretação. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, nota de rodapé n. 7, p. 1211.

⁷⁸STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais*, 2001, p. 80.

⁷⁹ Sendo os preceitos constitucionais *modos* de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige *abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade*, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direcção política e uma adaptação concreta do programa constitucional. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributos para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 192-193. Grifo do autor.

⁸⁰ Op.cit., p. 80.

⁸¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1211. Grifo do autor.

⁸² CANOTILHO, op. cit., p. 1212.

Para o método integrativo ou científico-espiritual⁸³, os valores expressos e tutelados pela Constituição (econômicos, sociais, políticos e culturais) servem como valores de interpretação e devem ser compreendidos e aplicados.

A objeção a esse método “é a de inversão do ponto de referência na interpretação: prevalência dos juízos de realidade e da função social da Constituição sobre os princípios e decisões normativas fundamentais da Constituição”⁸⁴.

O método hermenêutico-concretizador parte “da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete”.⁸⁵ Foi desenvolvido por três juristas alemães, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle, sustentando-se em três elementos essenciais: a norma que vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a solucionar.

Para Hesse, a concretização e a compreensão só são possíveis em face do problema concreto, uma vez que não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos⁸⁶. Dessa forma, que a determinação do sentido da norma constitucional e a sua aplicação ao caso concreto constituem um processo unitário, ou seja, a concretização da

⁸³ Para Canotilho, “O método científico-espiritual é desenvolvido em termos muito variados e o seu fundamento filosófico-jurídico também não é claro.” Op. cit., nota de rodapé n. 10, p. 1213. Segundo este doutrinador o método científico-espiritual aponta que a interpretação da constituição deve levar em conta: “(i) as bases da valoração (= ordem de valores, sistemas de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do *processo de integração*. O recurso à ordem de valores obriga a uma <captação espiritual> do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender *o sentido e realidade* de uma lei constitucional, conduz à articulações desta lei com a *integração* espiritual real da comunidade (com seus valores, com a realidade existencial do Estado).” Idem, p. 1213. Grifo do autor.

⁸⁴ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais*, 2001, p. 87.

⁸⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1212. Grifo do autor. Para o autor, “[...] esse método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto e o contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico).” Ibidem. Grifo do autor.

⁸⁶ HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 1992, nota 64, p. 42. Nas palavras de Streck, “Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como *o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização*: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar. O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquiédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde *a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos*.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 259-260. Grifo do autor.

norma pelo intérprete pressupõe uma compreensão desta; essa compreensão pressupõe uma pré-compreensão.⁸⁷

Antes da análise dos princípios específicos da interpretação constitucional, cabe uma breve análise sobre os métodos tradicionais de interpretação sistematizados por Savigny: interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática⁸⁸.

A interpretação gramatical ou filológica, literal, semântica visa dar significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico, determinante para o caso concreto⁸⁹. O sentido literal servirá à interpretação, como uma primeira orientação e delimitará o campo de interpretação em que atuará o intérprete⁹⁰.

A interpretação histórica busca “[...] o sentido da disposição constitucional, investigando-se os precedentes normativos, os trabalhos preparatórios e a *occasio legis*.”⁹¹

A interpretação teleológica pergunta pela finalidade da norma.

Segundo a interpretação sistemática “nenhuma disposição ou preceito pode ser interpretado isoladamente ou fora do seu contexto normativo.”⁹²

Friedrich Müller expõe que tanto a interpretação sistemática quanto a interpretação teleológica visam “[...] a *combinação* de vários, quando não todos os elementos de concretização sob a designação de ‘sistemáticos’ ou ‘teleológicos’.”⁹³.

⁸⁷ Para Hesse, “Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (“Gebot optimaler Verklichung der Norm”). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determina da situação.” HESSE, *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

⁸⁸ “Quanto ao número de métodos, é possível admitir uma pluralidade que ultrapasse aos gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Contudo, estes são os principais. Além disso, alguns podem ser associados ou até mesmo reduzidos a outros: o lógico ao sistemático, o axiológico ao teleológico, o sociológico ao histórico. Quanto à terminologia, o problema da não-uniformização parece não ter importância nos planos teórico e prático. Fundamental é conhecer a justificação teórica, a função, finalidade, o alcance e os limites de cada um deles, sendo pouco relevante se a denominação genérica será métodos, técnicas, cânones, elementos, procedimentos ou princípios.” STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 92.

⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1997, p. 454.

⁹⁰ Idem, p. 457.

⁹¹ STEINMETZ, op. cit., p. 92.

⁹² Idem, p. 93.

⁹³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79. Grifo do autor.

Em relação à interpretação sistemática dos direitos fundamentais, Müller leciona o seguinte:

[...] coloca-se especialmente a tarefa de não preencher sem mediações o programa das normas de direitos fundamentais a partir dos âmbitos e dos programas das normas de prescrições infraconstitucionais. Estas últimas deverão, muito pelo contrário, ser medidas e, em caso de conflito corrigidas com base no programa e no âmbito das normas dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias⁹⁴.

Müller afirma, ainda, que as regras tradicionais de interpretação não podem ser vistas como “métodos” autônomos para si, uma vez que

No processo da concretização elas não somente revelam complementar e reforçar-se reciprocamente, mas estar entrelaçadas materialmente já a partir do seu enfoque. Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como facetas *distintas de uma norma concretizanda no caso*. Da tarefa prática elas resultam como indagações a uma prescrição que apresenta modelos históricos e materiais legislativos comparáveis (interpretação histórica e genética). De resto, elas se dirigem a toda e qualquer norma jurídica: porque cada norma jurídica tem o seu texto da norma – a consuetudinária um texto mutante, a escrita um autenticamente fixado – (interpretação gramatical); porque nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); porque, finalmente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu “sentido e [à sua] finalidade”.⁹⁵

Assim, para Müller, “Savigny formulou com efeito elementos necessariamente dados com a tarefa da concretização do direito.”⁹⁶

Como aponta Steinmetz, ainda que “[...] insuficientes, esses métodos são necessários na interpretação das disposições constitucionais; de sua aplicação resulta o programa normativo, parte integrante da norma de decisão.”⁹⁷

Häberle aduz o seguinte em relação à interpretação constitucional.

⁹⁴ Idem, p. 78-79.

⁹⁵ Idem, p. 80-81. Grifo do autor.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 93.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" (*zünftmäßige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade⁹⁸.

Os direitos fundamentais são dotados de um grau de abertura e em determinadas situações essa abertura faz com que os mesmos entrem em colisão entre si ou com outros bens protegidos constitucionalmente. Por conseguinte, quando estamos frente a colisão de direitos e bens constitucionalmente protegidos devemos eleger critérios a fim de solucionar a situação ensejadora da colisão de direitos fundamentais.

Os métodos de interpretação constitucional aliados ao princípio da proporcionalidade e ao método da ponderação de bens oferecem critérios para se chegar à solução adequada para resolver o conflito de direitos fundamentais no caso concreto.

E devido a função exercida pelos princípios de interpretação constitucional no processo de solução de colisão de direitos fundamentais necessário a abordagem dos mesmos, o que faremos no item seguinte.

2.1.2 Princípios de interpretação constitucional e direitos fundamentais

Como a hermenêutica constitucional é uma hermenêutica de princípios, os princípios constitucionais "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui." ⁹⁹

⁹⁸ HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13. Grifo do autor.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149.

Barroso assinala ainda que "A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição." ¹⁰⁰

Assim,

Não há, é certo, entre umas e outras, hierarquia em sentido normativo, por isso que, pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano. Isso não impede, todavia, que normas de mesma hierarquia tenham funções distintas dentro do ordenamento. De fato, aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada situação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional¹⁰¹.

A seguir, analisaremos o catálogo dos princípios de interpretação constitucional encontrados na doutrina, sendo a maioria deles formulados a partir dos novos métodos de interpretação constitucional.¹⁰²

2.1.2.1 Princípio da unidade da Constituição

Pelo princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas e dispersas, mas sim integradas num sistema interno unitário de princípios e normas, evitando-se, assim, contradições internas no seio da Constituição¹⁰³.

Este princípio parte da premissa de que a Constituição deve ser considerada na sua globalidade, procurando sempre harmonizar os espaços de tensões existentes entre as normas constitucionais:

¹⁰⁰ Ibidem. "As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente, princípios, têm normalmente, maior teor de abstração, e uma finalidade mais destacada dentro do sistema." Idem.

¹⁰¹ Idem, p. 149-150.

¹⁰² Segundo Canotilho, "O catálogo dos **princípios tópicos da interpretação constitucional** foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante. Este catálogo que os autores recortam de forma diversa tornou-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional." CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da constituição*, 2003, p. 1223. Grifo do autor.

¹⁰³ CANOTILHO, op. cit., p. 1223-1224.

[...] todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales¹⁰⁴.

Como acentua Canotilho, "[...] o princípio da unidade da Constituição obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]."¹⁰⁵

Em relação aos direitos fundamentais, como anotou Otto y Pardo, nas palavras de Steinmetz, “o princípio da unidade da Constituição é o fundamento de toda limitação ou restrição.”¹⁰⁶

O fato de o constituinte, na enunciação de alguns direitos fundamentais, ter descrito com alguns detalhes o conteúdo protegido – ou, como prefere Alexy, ter estabelecido restrições diretamente constitucionais – e, em outros, ter estabelecido reserva de lei, com a finalidade de proteger direitos de terceiros e bens de toda a coletividade, não eliminou ou esgotou a possibilidade de conflitos ou tensões de direitos e bens na vida prática. Além disso, a ausência de restrições direta ou indiretamente constitucionais não autoriza a conclusão de que direitos instituídos sem reserva de lei são absolutos, ilimitados, incontrastáveis.¹⁰⁷

E na hipótese de colisão de direitos fundamentais no caso concreto caberá ao intérprete, ao legislador ou ao operador do direito, encontrar a solução que preserve a unidade da Constituição, uma vez que o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de otimização e ponderação de bens.

¹⁰⁴ HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 1992, nota 71, p. 45.

¹⁰⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1223. Nas palavras de Barroso, “O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemã.” Em decisão magistral, lavrou aquela Corte que: “O princípio mais importante da interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal” BVerfGE 19, 206(220) apud BARROSO, Luis Roberto, op. cit. p. 193.

¹⁰⁶ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 94.

¹⁰⁷ STEINMETZ, op.cit., p. 94-95. Opinião contrária apresenta Virgílio Afonso da Silva, para o autor se se afirmasse a tese de que não pode haver diferença de importância entre as normas constitucionais, “[...] não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa. Se uma norma prevalece sobre outra, só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante, ainda que somente para aquele caso concreto”. E segue argumentando: “[...] para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parecer haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e a conseqüente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos.” SILVA, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, 2005, p. 125 Grifo do autor.

2.1.2.2 Princípio do efeito integrador ou da eficácia integrativa

Pelo princípio do efeito integrador, para a solução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar prioridade às interpretações ou aos pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política¹⁰⁸.

Para Hesse, “[...] si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidade política ello exige otorgar preferencia en el solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad”¹⁰⁹.

Princípio, também, de grande importância para os direitos fundamentais. “Primeiro, porque dele decorre a exigência da unidade da Constituição”, e, também porque com a realização os direitos fundamentais haverá a integração política e social da Constituição,¹¹⁰ proporcionando, assim, solução que apresente continuidade a unidade política.

2.1.2.3 Princípio da máxima efetividade

Também denominado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, com base nele, tem-se que, na interpretação das normas constitucionais, deve-se atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia¹¹¹.

O princípio da máxima efetividade significa o abandono da hermenêutica tradicional, uma vez que “[...] as normas constitucionais têm de ser tomadas como normas da Constituição atual e não como preceitos de uma Constituição futura, destituída de eficácia imediata”¹¹², ou seja, ao reconhecer a normatividade dos princípios e valores constitucionais, sendo um dos mais importantes na interpretação dos direitos fundamentais, ao asseverar deve-se preferir, em caso de dúvida, a interpretação que reconheça maior eficácia àqueles direitos.

¹⁰⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1224.

¹⁰⁹ HESSE, op. cit., nota 74, p. 47.

¹¹⁰ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 96.

¹¹¹ CANOTILHO, op. cit., 2003, 1224.

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 100.

Nas palavras de Barroso, “a efetividade significa, [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”¹¹³, pois quando interpretamos a Constituição estamos realizando-a.

2.1.2.4 Princípio da correção funcional ou da conformidade funcional

O princípio da conformidade funcional visa “[...] impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas.”¹¹⁴

Si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación¹¹⁵.

A conformidade funcional é, para Canotilho, “[...] mais um princípio autônomo de competência do que um princípio de interpretação constitucional.”¹¹⁶

Para Steinmetz, ainda que menos evidente, “[...] este princípio também vale na interpretação dos direitos fundamentais, principalmente quando cabe ao tribunal constitucional fazer o controle (de constitucionalidade) das leis restritivas de direitos fundamentais”¹¹⁷, visando alterações de funções constitucionalmente estabelecidas.

2.1.2.5 Princípio da concordância prática ou da harmonização

O princípio da concordância prática ou da harmonização parte da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Dessa forma, em caso de

¹¹³ BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2001, p. 241.

¹¹⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1224.

¹¹⁵ HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 1992, nota 73, p. 47.

¹¹⁶ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 1225.

¹¹⁷ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 97.

conflito ou colisão, os bens protegidos constitucionalmente devem ser tratados de maneira que a aplicação de um não implique o sacrifício do outro.

Em decorrência, o princípio da concordância prática tem sido amplamente utilizado no campo dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direito fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos), pois, segundo o qual:

[...] los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro [...] La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.¹¹⁸

Na interpretação o intérprete/aplicador deve procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

2.1.2.6 Princípio da força normativa da constituição

Pelo princípio da força normativa da Constituição, na interpretação constitucional deve-se dar primazia às soluções ou aos pontos de vista que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência¹¹⁹.

Segundo Hesse,

Dado que la Constitución pretende verse ‘actualizada’, y siendo así que las posibilidades y condicionamientos históricos de dicha ‘actualización’ van cambiando, preciso será dar preferència en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.¹²⁰

¹¹⁸ HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 1992, nota 72, p. 45-46. Grifo do autor.

¹¹⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria constitucional*, 2003, p. 1226.

¹²⁰ HESSE, op.cit., nota 75, p. 47-48. Grifo do autor.

Steinmetz aduz que no âmbito dos direitos fundamentais, “A perda da força normativa da Constituição significaria fazer dos direitos fundamentais, como no passado, meras declarações políticas, sem força vinculante.”¹²¹

Dessa forma, no âmbito dos direitos fundamentais, o princípio da força normativa da Constituição reforça a vinculação jurídico-constitucional afastando-os da livre disposição do legislador ou do aplicador do direito.

2.1.2.7 Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição - na qual o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações se mostra compatível com a Lei Maior -, originou-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Segundo esse princípio, “[...] consoante [...] de explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’ e, ao ser interpretada, conservar seu sentido ou significado.”¹²²

Para Canotilho, este é “[...] um princípio de controlo e [...] ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.”¹²³

[...] no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) *o princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) *o princípio da conservação de normas* afinam que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) *o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.¹²⁴

¹²¹ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 96.

¹²² BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2003, p. 518.

¹²³ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria constitucional*, 2003, p. 1226. Grifo do autor.

¹²⁴ *Idem*, p. 1226-1227. Grifo do autor.

Como salienta Steinmetz, “Há que se distinguir entre interpretação conforme a Constituição e interpretação orientada à Constituição. Esta deve ser exercida por todos os aplicadores do direito. Aquela é instrumento próprio dos tribunais constitucionais nos processos de controle de normas.”¹²⁵

O princípio da interpretação conforme a Constituição constitui uma moderna técnica de controle da constitucionalidade das leis, “[...] é uma inclinação da jurisprudência procurando maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de maneira a torná-la constitucional”¹²⁶.

Assim, partindo de uma pré-compreensão, o intérprete/aplicador aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema, e mediante os elementos fornecidos pelos métodos de interpretação, bem como, pelos princípios específicos da interpretação constitucional ele chega à solução do caso concreto.

Dessa forma, uma vez analisado como se deve proceder na interpretação das normas constitucionais, a seguir abordaremos a distinção entre normas, em sentido amplo, como gênero e regras e os princípios, como espécies daquele gênero. Tal distinção se revela essencial à adequada compreensão de sistema jurídico, bem como, para a hermenêutica jurídica e, mais especificamente, para a interpretação constitucional e para os direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, apresentado por alguns doutrinadores dentre o catálogo dos princípios da interpretação, será abordado no capítulo seguinte.

2.2 Teoria dos Princípios

Conforme Canotilho, tomando-se a palavra norma em sentido *latu*, regras e princípios são espécies do gênero norma¹²⁷. Assim, esses são os componentes do sistema jurídico, compreendido como fenômeno dinâmico, em constante evolução, por isso mesmo atualmente dito como sistema normativo aberto.

¹²⁵ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 100.

¹²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no liminar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 69.

¹²⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria constitucional*, 2003, p. 1160.

(1) – é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) – é um sistema aberto porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess) traduzida na disponibilidade e <capacidade de aprendizagem> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <verdade> e da <justiça>; (3) – é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) – é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*.¹²⁸

Os princípios não passavam de mera fonte e fonte secundária do Direito, porém, após chegarem aos códigos, materializando-se em regras por eles informadas, os princípios ganharam maior importância.

Com a superação do jusnaturalismo abriram-se caminhos para novas reflexões acerca do Direito, de sua função social e de sua interpretação, sendo, aí, incluída a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais¹²⁹. “A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte da reaproximação entre Direito e Ética.”¹³⁰

Ainda nas palavras de Barroso,

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.¹³¹

Dessa forma, os princípios passaram a ser tratados como normas jurídicas, sendo colocados como espécies do gênero norma, juntamente com as regras, também espécies dessas mesmas normas.

Para Daniel Sarmiento, os princípios “Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do

¹²⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria constitucional*, 2003, p. 1159. Grifo do autor.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 290-291.

¹³⁰ Idem, p. 291.

¹³¹ Idem, p. 291-292.

seu raio de aplicação”, possuindo “[...] um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.”¹³²

O doutrinador prossegue que os princípios possuem, no ordenamento, múltiplas funções:

[...] operam como alicerces do sistema jurídico, cimentando as suas diferentes partes e fornecendo a pauta de valores nos quais o intérprete deve se basear para solução das questões controvertidas (função hermenêutica); por outro, e na ausência de regras, cuidando da hipótese; os princípios podem exercer a função de normas de conduta, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários (função regulativa).¹³³

Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas há também os princípios¹³⁴,

¹³² Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque... [et al]. Ricardo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 50.

¹³³ Idem, p. 51. Canaris ao tecer suas considerações sobre o modo e a forma pelo qual os princípios executam sua função sistematizadora apresenta quatro características aos mesmos: “[...] os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição [...]; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 88.

¹³⁴ Dworkin apresenta dois exemplos escolhidos aleatoriamente para distinguir os princípios, no sentido genérico, das regras. São os casos *Riggs* e *Palmer* e *Henningsen*.

“Em 1889, no famoso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino’. Mas o tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu sua herança. Em 1969, um tribunal em Nova Jérsei deparou, no caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*, com a importante questão de saber se (ou até que ponto) um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de automóvel defeituoso. Henningsen havia comprado um carro e assinado um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos limitava-se ao ‘conserto’ das partes defeituosas – ‘essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades’. Henningsen argumentou que, pelo menos nas circunstâncias de seu caso, o fabricante não devia ser protegido por essa limitação e devia ser responsabilizado pelas despesas médicas e de outros tipos das pessoas feridas em uma colisão. Ele não conseguiu indicar nenhuma lei ou regra de direito estabelecida que proibisse o fabricante de insistir [nos termos do] no contrato. Não obstante isso, o tribunal concordou com Henningsen. Em vários pontos da argumentação, o tribunal apela aos seguintes padrões: (a) ‘Devemos ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato antes de assiná-lo não pode, mais tarde, minimizar seus encargos.’ (b) ‘Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante’. (c) ‘A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne.’ (d) ‘Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público esta sendo

pois, segundo ele, o positivismo entende o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, e não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, *hard cases* (casos difíceis)¹³⁵ para os quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio da discricionariedade judicial, nesses casos, o juiz cria direito novo.¹³⁶ Nos *hard cases*, quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam *standards* que não funcionam como regras, mas trabalham com princípios, política e outros gêneros de *standards*.¹³⁷

Assim, ao afirmar que os juristas empregam, em determinados casos, princípios e não regras, Dworkin reconhece haver duas espécies distintas do gênero norma no sistema jurídico. A distinção entre eles funda-se no critério da generalidade, onde as regras têm um relato mais objetivo, com incidência restrita as situações específicas às quais servem, os princípios incidem sobre uma pluralidade maior de situações em razão do maior teor de abstração, inexistindo hierarquia entre ambos, em fase do princípio da unidade da Constituição, o que não impede que desempenhem funções distintas dentro do ordenamento¹³⁸.

Para Alexy, tanto as regras como os princípios são normas porque ambos determinam o que deve ser. “Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”¹³⁹. Para ele, portanto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre normas.

No plano constitucional, a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que normalmente as constituições valem-se destas duas espécies de normas, uma vez que a “[...] adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente

tratados com equidade.’ (e) ‘Existem algum principio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?’ (f) ‘Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma ‘barganha’ na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra...’” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37-39.

¹³⁵ Nas palavras de Dworkin, “Mas eles aparecem de maneira mais vigorosa, com toda a sua força, nas questões judiciais difíceis, como nos casos *Riggs e Heningsen*.” Como a regras não existe antes de o caso ser decidido; “[...] o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra. No caso *Riggs*, tribunal citou o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como um parâmetro fundamental, à luz do qual se pode ler a lei sobre testamentos e, assim procedendo, justificou uma nova interpretação dessa lei. No caso *Heningsen* o tribunal citou uma variedade de princípios e políticas que interagem, enquanto fontes de autoridade, para [gerar] uma nova regra acerca da responsabilidade dos fabricantes pelos defeitos dos automóveis.” DWORKIN, op. cit., p. 46.

¹³⁶ DWORKIN, op. cit., p.49-50.

¹³⁷ Idem, p. 36.

¹³⁸ BARROSO, *Direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003, p. 292.

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 83.

sobre princípios, carrearia ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que as regras.”¹⁴⁰. No entanto, “[...] a instituição de um modelo que se fundasse unicamente em regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional [...]”¹⁴¹, o que dificultaria a solução dos conflitos que se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes.

Na nova hermenêutica constitucional as idéias de justiça e realização dos direitos fundamentais ganham um papel central e a distinção entre regras e princípios “[...] es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”¹⁴².

Essa mudança de paradigmas se deve em especial às concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy¹⁴³, que são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios¹⁴⁴.

2.2.1 Distinções entre princípios e regras

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais para a teoria dos direitos fundamentais. “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con

¹⁴⁰ SARMENTO, *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, 2001, p. 54.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 81.

¹⁴³ Veja-se: Dworkin, *Levando os direitos a sério* e Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

¹⁴⁴ Para Humberto Ávila, a distinção entre os princípios e as regras se daria com base nos seguintes critérios: grau de abstração e generalidade da prescrição normativa e fundamento de validade. Em relação ao grau de abstração e generalidade da prescrição normativa, a partir da definição apresentada por Esser, tece o seguinte comentário “[...] os princípios se distinguem das regras por serem dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta [...]”. E em relação ao fundamento de validade, levando em consideração a definição adotada por Wolff-Bachof e Forsthoff, aponta o seguinte, “[...] a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dedutíveis do Estado Democrático de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos.” A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo* (215), Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-VILA.pdf> Acesso em: janeiro/2007, p. 6-7.

ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales.”¹⁴⁵

A palavra princípio exprime a idéia de começo, onde tudo se inicia. Nas palavras de Canotilho¹⁴⁶, “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” A seu turno, “[...] as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) o que é ou não é cumprido [...].”

São incontáveis as propostas de critérios para distinção entre essas duas espécies de normas. Canotilho¹⁴⁷ apresenta diversos critérios - grau de abstração¹⁴⁸, grau de determinabilidade¹⁴⁹, carácter de fundamentalidade¹⁵⁰, “proximidade” da idéia de direito¹⁵¹, natureza normogenética¹⁵² - para distinguir as regras dos princípios, inclusive, servindo-se, também, de idéias de outros conceituados juristas, tarefa que segundo o autor é particularmente complexa.

Ainda para Canotilho é necessário que se esclareça duas questões fundamentais para uma boa distinção entre os dois tipos de normas, ou seja, saber qual a função dos princípios e saber se entre elas existe, além de uma diferença de graus, uma diferença qualitativa¹⁵³.

¹⁴⁵ ALEXY, op.cit., p. 81-82.

¹⁴⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da constituição*, 2003, p. 1161. Grifo do autor. Para Hart “[...] se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico [...]” tem-se a necessidade de distinguir entre dois tipos de regras. Assim, ele mesmo constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias. Nas palavras de Hart, “As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.” HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 91

¹⁴⁷ CANOTILHO, op.cit., p. 1160-1161.

¹⁴⁸ O grau de abstração, onde os princípios são normas que apresentam um grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras têm grau de abstração relativamente reduzida (reportando-se a Esser). Idem, p. 1160.

¹⁴⁹ O grau de determinabilidade, assegurando que nos casos concretos os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediação, do legislador ou do juiz, para serem concretizados, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente (reportando-se, novamente, a Esser). Ibidem.

¹⁵⁰ O carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, os princípios ocupam um papel fundamental no ordenamento jurídico ou importância que detêm, com posição de supremacia na escala hierárquica no sistema das fontes (reportando-se a Guastini). Ibidem.

¹⁵¹ A ‘Proximidade’ da idéia de direito, destacando que os princípios seriam ‘standards’ que (segundo Dworkin) estariam radicados nas exigências da ‘justiça’, ou (segundo Larenz), na ‘idéia de direito’, enquanto as regras poderiam apresentar conteúdo meramente funcional. Ibidem. Grifo do autor.

¹⁵² A Natureza normogenética, de vez que os princípios situam-se como fundamento para as regras (reportando-se a Esser). Idem, p. 1161.

¹⁵³ Ibidem.

Assegura Canotilho¹⁵⁴ que os princípios são qualitativamente distintos das regras, apontando diversos aspectos dessa distinção: (1) uma regra é ou não é cumprida, um princípio possui vários graus de concretização, variando em razão de condicionalismos fáticos e jurídicos; (2) os princípios podem coexistir, apesar de serem antinômicos, as regras em conflito excluem-se. Aqueles permitem "balanceamento de valores e interesses", as regras exigem o tudo ou nada; (3) os princípios podem envolver problemas de validade e de peso, as regras só enfrentam questão de validade.

Para Humberto Ávila¹⁵⁵, a diferença entre regras¹⁵⁶ e princípios¹⁵⁷ é uma mera

¹⁵⁴ Ibidem. Eros Roberto Grau ao apresentar a diferença entre princípios e regras de Crisafulli e Jean Boulanger aponta que Crisafulli “[...] recorre ao critério *estrutural* para distinguir entre princípio e norma particular: os primeiros caracterizam-se pela sua *maior generalidade*, em relação às últimas; o preceito contido no princípio geral compreende não só uma hipótese determinada, mas uma série indeterminada de hipóteses. [...]”, Segue Grau, as regras, no entendimento de Boulanger, “[...] não comportam exceções [...] porque são aplicadas a situações determinadas; já os princípios, por outro lado, porque são aptos a serem aplicados a uma série indefinida de situações, não admitem a própria enunciação de hipóteses nas quais não seriam aplicáveis.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169-170. Grifo do autor.

Grau ao apresentar a diferença entre princípio e regra de Zagrebelsky, parafraseando este, observa que “[...] enquanto as *regras* estabelecem o que é devido e o que não é devido em circunstâncias nelas próprias determinadas, os *princípios* estabelecem orientações gerais a serem seguidas em casos, não predeterminados no próprio princípio, que possam ocorrer. Por isso os *princípios* são dotados de uma capacidade expansiva maior do que as regras, mas, ao contrário destas, necessita de uma atividade ulterior de *concretização* que os relacione a casos específicos”. Idem, p. 171-172. Grifos do autor.

¹⁵⁵ Na acepção de Ávila haveria as chamadas distinções fracas entre princípios e regras, que seriam as expostas por Esser, Larenz e Canaris e as distinções fortes, que seriam as apresentadas por Dworkin e Alexy. Nas palavras de Ávila, para Esser, a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa, baseada no grau de abstração da prescrição normativa, e, para Larenz, o critério distintivo entre os princípios e as regras seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, uma vez que para esse autor, os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, por lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.27. Ávila, ainda, apresenta os critérios usualmente empregados para a distinção entre princípios e regras, que seriam: critério do caráter hipotético-condicional, critério do modo final de aplicação, critério conflito normativo e o critério do fundamento axiológico. Pelo critério do caráter hipotético-condicional, “[...] as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra para o caso concreto.” Idem, p. 31. Grifo do autor. Pelo critério do modo final de aplicação “[...] as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.” Ibidem. Grifos do autor. O critério do conflito ou relacionamento normativo, determina que no caso de conflito entre as regras a solução ao impasse se dá mediante a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, a medida que, no caso de colisão entre princípios, a solução se dá mediante a ponderação que atribuirá uma dimensão de peso a cada um deles. Ibidem. O critério do fundamento axiológico, “[...] considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.” Ibidem.

¹⁵⁶ Humberto Ávila define regras como, “[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” Idem, p.70.

¹⁵⁷ E princípios são, “[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Ibidem.

diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. E argumenta que as regras não são aplicadas seguindo o modelo “tudo ou nada”, pois, tanto quanto os princípios devem passar elas por um processo interpretativo.¹⁵⁸

Dworkin aponta que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica, uma vez que ambos “[...] apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.”¹⁵⁹

Para este autor, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Desta forma, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida.¹⁶⁰ Já os princípios não possuem apenas a dimensão de validade, mas outra dimensão: a de peso ou importância¹⁶¹. Para Alexy, “[...] entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa.”¹⁶²

No entendimento de Alexy, tanto as regras como os princípios são normas uma vez que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas de mandato, permissão e proibição. Desta forma, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas¹⁶³.

Para esse doutrinador, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. E são chamados de mandamentos de otimização¹⁶⁴, “[...] que están caracterizados por el

¹⁵⁸ Nas suas palavras: “Isso [...] importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir **após a sua interpretação**. [...] Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o **grau de abstração anterior à interpretação**.” ÁVILA, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, 1999, p. 14. Grifos do autor.

¹⁵⁹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 39.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Idem*, p. 42.

¹⁶² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 86. Grifo do autor.

¹⁶³ *Idem*, p. 83.

¹⁶⁴ Virgílio Afonso da Silva aponta que “[...] o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma contraposta à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. ‘Princípios’ são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda como ‘núcleos de condensações’. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor [...] mas a idéia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses

hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo dependen de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. En ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”¹⁶⁵.

As regras, a seu turno, são normas que podem ou não serem cumpridas. “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinantes en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado”¹⁶⁶.

Desta forma, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁶⁷.

Para Alexy, os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, uma vez que estes não contêm mandatos definitivos, somente instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. Desta forma, o fato de um princípio valer para um caso não quer dizer que o resultado seja definitivo, pois princípios apresentam razões que podem ser superadas por razões opostas.¹⁶⁸

Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta¹⁶⁹.

princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala de princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionais conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantias.” (Direito constitucional e Teoria da constituição). “José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais.” (Curso de direito constitucional positivo). “Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios políticos-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais.” (Manual de direito constitucional) “Luís Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais.” (Interpretação e aplicação da constituição). SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1, jan/jul São Paulo: Del Rey, 2003, p. 613. Disponível em: <<http://www.geocities.com/cesariopereira/dph/principios.doc>> Acesso em: janeiro/2007. Grifo do autor.

¹⁶⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 99.

¹⁶⁶ Idem, p. 87.

¹⁶⁷ Idem, p. 86.

¹⁶⁸ Idem, p. 99.

¹⁶⁹ Ibidem.

As regras, por sua vez, caracterizam-se de maneira bastante diversa, já que instituem obrigações absolutas:

Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice¹⁷⁰.

2.2.2 Conflito entre princípios e entre regras

É possível que em um mesmo sistema jurídico constitucional tenhamos princípios que entrem em colisão com outros. Quando tal conflito se estabelecer, por se situar na esfera do seu peso ou valor (e não no plano da sua validade), não se exclui um ou outro dos princípios conflitantes, mas simplesmente reconhecer que diante daquele caso concreto um deles merece ser mais considerado (não significando que em outra situação não se possa entender de modo diverso).

Para Alexy, quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder, o que não significa que se declare inválido o princípio que cedeu, nem que se tenha de introduzir uma cláusula de exceção. Em algumas circunstâncias um dos princípios tem prevalência sobre o outro em outras a prevalência pode ser solucionada de maneira diversa, como quando os princípios possuem uma dimensão de peso. Nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e prevalece aquele com maior força.¹⁷¹

Para Dworkin, “Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”¹⁷² e terá prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou que tiver maior peso.

Como as regras não têm essa dimensão de peso, “Podemos dizer que as regras são funcionalmente importante ou desimportantes [...]”¹⁷³. “Se duas regras entram em conflito,

¹⁷⁰ Idem, p. 99. Para Alexy, “Los principios son siempre razones prima facie; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas”. Idem, p. 101.

¹⁷¹ Idem, p. 89.

¹⁷² DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 42.

¹⁷³ Idem, p. 43. Para Dworkin, “[...] uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua maior importância maior”. Idibem.

uma delas não pode ser válida.”

A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes¹⁷⁴.

Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e, portanto, não são aplicáveis.

No caso de conflito entre regras, Alexy¹⁷⁵ leciona que a solução está na introdução de uma regra de exceção, que ou eliminará o conflito ou se declarará inválida pelo menos uma das regras, que será eliminada do ordenamento jurídico¹⁷⁶.

A questão de saber qual das regras deve ser declarada inválida é assim resolvida:

El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez.¹⁷⁷

Assim, nos conflitos de regras se leva em conta a dimensão de validade; na colisão de princípios - como somente pode entrar em colisão princípios válidos - tem lugar, ao invés, da dimensão de validade, a dimensão de peso¹⁷⁸.

2.2.2.1 Lei de colisão e os direitos fundamentais

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 88.

¹⁷⁶ Alexy apresenta o seguinte exemplo para o caso de conflito entre regras que pode ser solucionado através da introdução de uma regra de exceção, “[...] es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio.” Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 89.

Para solução de colisões¹⁷⁹, Alexy formula a lei de colisões, que é, nas palavras do autor:

[...] uno de los fundamentos de la teoría de los principios [...]. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores.¹⁸⁰

Nas palavras de Steinmetz, “Essa lei não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado da ponderação”¹⁸¹.

Alexy apresenta como exemplo de colisão o caso de incapacidade processual, na qual trata da admissibilidade da realização de uma audiência quando o acusado corre o risco de sofrer um infarto. Aqui se constata uma relação de tensão entre o dever do Estado de aplicação do direito penal e o interesse do acusado na proteção da vida e da integridade física, princípio também assegurado pela Lei Fundamental¹⁸². No caso concreto, ambos os princípios conduzem a resultados opostos, uma vez que um limita a realização do outro. Não é possível declarar a invalidez de um deles, uma vez que ambos possuem hierarquia idêntica.

Dessa forma,

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios *una relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican *las condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.¹⁸³

Para determinar qual princípio precede ao outro, o TCF utiliza-se do peso. Segundo o Tribunal, há que se verificar se “los intereses del acusado en el caso concreto tienen

¹⁷⁹ Idem, p. 90-95.

¹⁸⁰ Idem, 94-95.

¹⁸¹ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 126.

¹⁸² ALEXY, op.cit. p. 90.

¹⁸³ Idem, p. 92. Grifo do autor.

manifestamente un peso esencial mayor que el de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal¹⁸⁴. Nesse contexto, peso não tem, portanto, significado quantitativo. “El principio P¹ tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P² cuando existen razones suficientes para que P¹ preceda a P², bajo las condiciones C dadas en el caso concreto.”¹⁸⁵

A partir desse caso, Alexy formula a lei de colisão, que é válida para solução de todas as colisões, “Las condiciones bajo las cuales um principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho que una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente,”¹⁸⁶ o que nos permite concluir, mais uma vez, que os princípios não são absolutos e não se enquadram na lógica do tudo-ou-nada, da dimensão da validade das regras, mas na dimensão de peso.

Na nova hermenêutica constitucional as colisões de direitos fundamentais se tornam mais evidentes, uma vez que, estamos tratando de uma constituição com viés aberto, e onde a interpretação constitucional torna-se flexível permitindo a acomodação harmônica dos valores colidentes. A constituição aberta é incompatível com valores que a engessem ou que apresentem hierarquias rígidas entre as normas e valores apresentados nela e, na hipótese de colisão de direitos, somente uma análise ao caso concreto mediante a aplicação do método da ponderação determinará qual direito, naquele caso, se sobreporá sobre o outro.

Como os direitos fundamentais são princípios expressos na Constituição, com grau de abstração, quando nos deparamos com situações de colisão entre esses bens constitucionalmente protegidos, não se aplica o método do tudo-ou-nada como nos casos de conflito de regras, mas inicia-se um processo de sopesamento dos valores e bens colidentes no caso concreto, a fim de determinar qual principio, direito fundamental, para aquele caso concreto, prevalecerá.

O método da ponderação é importante para o caso de colisão de direitos fundamentais. Conforme aponta Steinmetz, “Em face de colisão de direitos fundamentais

¹⁸⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 93.

¹⁸⁵ Idibem. O TCF alemão explica a precedência do princípio da proteção à vida e à integridade em face do princípio da aplicação do direito penal, aduzindo que se existe perigo concreto de danos à saúde do acusado, com a audiência oral, então a continuação do processo lesiona o direito fundamental do acusado previsto no art. 2, parágrafo 2, frase 1, da Lei Fundamental. Neste caso, o Tribunal não declara inválido o princípio que cedeu, mas em face das circunstâncias apresentadas no caso concreto, o princípio da proteção à vida e à integridade física do acusado tem mais razões de prevalecer do que a aplicação do direito penal, ou seja, tem mais peso no caso concreto. Idibem.

¹⁸⁶ Idem, p. 94.

ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos constitucionalmente, mediante a ponderação de bens (juízo de peso), observadas as condições do caso, um direito ou um bem deverá prevalecer ante o outro.”¹⁸⁷. Tal ponderação é aplicada observando-se o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, no caso concreto, havendo a justificativa da restrição de um dos direitos, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade se buscará a harmonização dos direitos em conflito, e, em sendo necessário, opta-se pela prevalência de um direito em relação ao outro. Assim, no próximo capítulo estudaremos o método da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

¹⁸⁷ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 128.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RELAÇÕES DE TRABALHO

Nesse capítulo estudaremos o método da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, quais sejam: subprincípio da adequação ou da idoneidade, subprincípio da necessidade ou da exigibilidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, utilizados na busca da solução nos casos de colisão de direitos fundamentais.

3.1 Método da ponderação de bens

Haverá colisão ou conflito de direitos fundamentais sempre que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, podendo ser direitos idênticos ou diferentes, ou ainda ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual (colisão horizontal), ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (colisão vertical)²⁰⁸. No caso de colisão horizontal, “o Estado intervém em razão do dever de proteção em relação ao particular frente à ameaça de terceiro.”²⁰⁹

Considerando-se que não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e que o sistema jurídico é um todo harmônico, o conflito entre as normas constitucionais é apenas aparente. Dessa forma, não haveria conflito, no plano normativo, entre as normas que garantem o direito propriedade e o direito à intimidade. No entanto, no plano fático, a

²⁰⁸ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 139.

²⁰⁹ *Ibidem*.

incidência delas sobre uma dada situação específica pode gerar uma colisão real entre os direitos constitucionais fundamentais mencionados²¹⁰.

A solução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito e cabe ao intérprete/aplicador sopesar as normas-princípios constitucionais em confronto, através do método da ponderação de bens.

A ponderação de bens é o método que sopesa os princípios a fim de decidir quais dos princípios, no caso concreto, têm maior peso ou valor entre as normas-princípios conflitantes. Para Sarmento, “O método da ponderação de bens está intimamente ligado aos princípios da hermenêutica constitucional da ‘concordância prática’”,²¹¹, que como já visto no capítulo anterior, determina que os bens jurídicos em conflito devem ser coordenados de modo a evitar a sacrifício de uns em relação aos outros.

Segundo Steinmetz,

A aplicação do método da ponderação de bens foi inaugurada pelo TCF alemão na sentença Lüth (15 de janeiro de 1958), na qual examinou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O Tribunal decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer porque não afetava interesses de outra pessoa dignos de proteção (individual industrial). [...] A partir de então, apesar da existência de posições críticas, a ponderação de bens foi fortemente desenvolvida, crescendo e consolidando-se a sua aceitação na Alemanha e em outros países. Hoje, é tema recorrente do Direito Constitucional.²¹²

Para Canotilho, o método da ponderação ou do balanceamento representa uma viragem metodológica, em virtude das seguintes razões:

²¹⁰ Canotilho distingue concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais. Para esse doutrinador, a primeira categoria “[...] existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os ‘pressupostos de facto’ de vários direitos fundamentais.” Por exemplo: a publicação de um artigo literário põe em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento... Por sua vez, “[...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.” Nesse caso, “[...] não se esta perante um *cruzamento ou acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico *conflito* de direitos.” CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1268-1270. Grifo do autor.

²¹¹ SARMENTO, *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, 2001, p. 55.

²¹² STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 140-141. Segundo o mesmo autor, “No caso Lüth, configurou-se a colisão entre o direito fundamental à livre manifestação de opinião (LF, art. 5, parágrafos 1 e 2) e a proteção à atividade industrial face a um incitamento ao boicote.” Idem, p. 140.

(1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo-ou-nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos²¹³.

A realização da ponderação de bens requer o atendimento de alguns pressupostos básicos:

(1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstracta, *a priori*, entre os direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto.²¹⁴

Cabe salientar, segundo Sarmiento, que o método da ponderação de bens não envolve cálculos aritméticos, uma vez que não estão em jogo grandezas quantificáveis. Assim, “[...] a ponderação de bens não pode ser controlada exclusivamente mediante o uso de critérios de lógica formal, uma vez que o que impera neste domínio é a ‘lógica do razoável’”²¹⁵.

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um carácter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.²¹⁶

²¹³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1237.

²¹⁴ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 142-143.

²¹⁵ SARMENTO, *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, 2001, p. 56.

²¹⁶ BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 172.

Na ponderação de bens tem importância ímpar o princípio da proporcionalidade, a partir do qual devem ser controladas todas as restrições entre os princípios em colisão no caso *in concreto*.²¹⁷

3.2 Princípio da proporcionalidade

3.2.1 Histórico

O surgimento e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontram-se ligados à evolução dos direitos humanos. E segundo Barros, parafraseando Augustin Gordillo “[...] e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de *poder de polícia*, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.”²¹⁸

Assim,

O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.²¹⁹

Barros afirma que, “[...] o *princípio da proporcionalidade* foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a idéia de proporção ligava-se somente às penas.”²²⁰.

²¹⁷ Como expõe Gavara de Cara: “La proporcionalidad de una intervención en los derechos fundamentales presupone también la aplicación del método de la ponderación de bienes. De este modo, la ponderación de bienes y el principio de proporcionalidad están estrechamente vinculados, hasta el punto, que em ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán considera ambos principios como una unidad.” GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 287.

²¹⁸ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 35. Grifo da autora.

²¹⁹ Ibidem. Grifo da autora.

²²⁰ BARROS, op. cit, p. 36-37. Grifo da autora. Beccaria faz referência à proporcionalidade na ordem punitiva, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, na seguinte passagem: “O interesse de todos não é somente

No campo constitucional “[...] a forma sob a qual se deu a sedimentação do *princípio da proporcionalidade* e a sua migração [...] restaram condicionadas ao sistema jurídico adotado a partir da formação dos estados modernos [...]” que sofreram a influência dos “[...] grandes movimentos em busca da proteção dos direitos humanos, ocorridos na Europa Continental e na América no século XVIII.”²²¹

Na França, a Constituição Francesa de 1791 consagrou expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º²²². A partir daí, a doutrina francesa elaborara instrumentos processuais visando o controle dos atos administrativos.²²³ Assim, para Barros “O desenvolvimento do *princípio da proporcionalidade* na França, [...] está sediado no campo do direito administrativo, decorrente da evolução da teoria do *détournement du pouvoir*; a qual, por sua vez, é deduzida a partir do princípio da legalidade no seu mais amplo sentido.”²²⁴

Na Alemanha, após ser agasalhada a teoria do controle dos atos administrativos do direito administrativo francês, o princípio da proporcionalidade “[...] ganhou terreno para desenvolver-se no âmbito do direito administrativo, especialmente via direito de polícia.”²²⁵ Tendo sido “[...] alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional [...], o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, [...]”²²⁶ quando os tribunais passaram a reconhecer a necessidade de controlar as restrições aos direitos fundamentais.

No firme propósito de tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, a Constituição alemã de 1949 deixou assente, já

que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas. [...] Se os cálculos exatos pudessem aplicar-se a todas as combinações obscuras eu fazem os homens agir, seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondentes à progressão dos crimes. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada nação. Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 14. ed. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 85-88.

²²¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 37

²²² Não há na França autoridade superior à lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome dela pode exigir obediência.” Apud BARROS, op. cit., p.40.

²²³ Cumpre-se destacar o instituto do *récurso pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados. Idem, p. 40-41.

²²⁴ BARROS, op. cit., p. 42-43. Grifo da autora.

²²⁵ Idem, p. 44.

²²⁶ Idem, p. 45.

em seu art. 1.º, o caráter vinculante desses direitos para os poderes do Estado, e, em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção do núcleo essencial aos direitos fundamentais (*Wesensgehaltsgarantie*), ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações²²⁷.

Assim, a transferência “[...] do princípio da proporcionalidade da esfera do Direito Administrativo para a esfera do Direito Constitucional tem sido precisamente obra dos tribunais, [...], em especial da Corte Constitucional alemã.”²²⁸ Ainda que, “O princípio não entrou formalmente no texto da Lei Fundamental de Bonn, mas indubitavelmente se tornou um dos principais cardais do Direito Constitucional daquele país, sobretudo no tocante à matéria de direitos fundamentais e limitações que a esse respeito se faz mister impor à ação do Estado.”²²⁹

Segundo Barros, “O *princípio da proporcionalidade* vem sendo largamente utilizado pela Corte Constitucional alemã no controle das leis restritivas de direitos, firmando-se a teoria de que a sua violação acarreta mesmo a inconstitucionalidade da providência legislativa”.²³⁰

Na doutrina norte-americana o princípio da proporcionalidade é denominado de princípio da razoabilidade, e foi desenvolvido mais de meio século antes nos Estados Unidos do que na Alemanha, como fruto de maior liberdade dos juízes na criação do direito.²³¹

Como ensina Barros,

Ao contrário do que ocorreu na França, nos Estados Unidos desenvolveu-se, no período pré-revolucionário, uma desconfiança em relação ao Parlamento, em face das experiências dos colonos, que tiveram seus direitos postergados inúmeras vezes pela prepotência das assembléias e dos governadores nomeados pela Coroa, sobretudo em relação ao direito de propriedade. Por outro lado, o Parlamento inglês, no período colonial, pouca influência tinha na América, pois não se reconhecia seu poder além-mar. Eram as colônias americanas, patrimônio do rei.²³²

²²⁷ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 46.

²²⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2003, p. 411.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ BARROS, *op. cit.*, p. 47. Grifo da autora.

²³¹ *Idem*, p. 57.

²³² *Idem*, p. 58.

Assim, “Nesse panorama histórico, o direito inglês foi recepcionado a conta mesmo da necessidade prática de os colonos, em franco desenvolvimento econômico, invocarem uma tutela aos seus direitos [...]”.²³³

Barros, ainda, sintetiza em outra passagem as razões históricas que levaram ao desenvolvimento do princípio da razoabilidade no direito constitucional americano,

O meio técnico hábil - o controle da constitucionalidade das leis - associado ao *due process of law* consignado nas emendas quinta e décima quarta da Constituição vêm garantindo, ao longo da história do *judicial review*, a mais ampla proteção – mas não perfeita – dos direitos fundamentais na América do Norte. Inspirado na *commow law*, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitindo refrear o arbítrio do legislador e do administrador, pela sindicância da *razoabilidade* dos atos governamentais²³⁴.

Desta forma, no direito norte-americano o princípio, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, passa a pautar os atos do Estado em critérios de razoabilidade.²³⁵

3.2.2 O princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988

²³³ Ibidem.

²³⁴ Idem, p. 60-61. Grifo da autora.

²³⁵ Para Buechele o “[...] *Princípio do Devido Processo Legal, sedes materiae* do Princípio da Razoabilidade (ou Proporcionalidade), nos EUA, subdivide-se em duas concepções bem distintas, [...]” BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 138. Grifo do autor. Segundo ele, “Cronologicamente, as duas formulações do Princípio do Devido Processo Legal americano se alternaram na Jurisprudência da Suprema Corte daquele país da seguinte maneira: (a) no primeiro momento após a promulgação da Emenda XIV à Constituição (21.07.1868), o devido processo era interpretado pela Suprema Corte exclusivamente como garantia processual. [...]; (b) do final do século XIX até o *New Deal* (plano de reestruturação do país, implantado por Roosevelt após a Crise de 1929), prevaleceu o *Substantive Due Process*, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. [...]; (c) a terceira fase pode ser encarada pela primeira reeleição do Presidente Roosevelt, em 1936, quando o conflito entre o Executivo e o Judiciário já alcançara o seu mais agudo limite: haviam sido declaradas inconstitucionais inúmeras leis sociais e econômicas reputadas pelo Governo como essenciais à recuperação do país. A Suprema Corte, então, pressionada pelo demais Poderes e pela opinião pública, acabou por mudar sua orientação anterior, abdicando do exame de mérito das normas de cunho econômico e, com isso, encerrando o controle substantivo de tais leis. Assim, passou a prevalecer novamente a concepção do *Procedural Due Process*, em detrimento do *Substantive Due Process*. [...]; (d) Finalmente, após esse curto período batizado de *sociológico* pela doutrina, caracterizado por um recuo no controle da razoabilidade das leis pelo Judiciário, a Suprema Corte voltou a proceder a essa investigação, embora de modo mais cauteloso, mas sem abdicar de aferir a legitimidade das medidas legislativas que importem, de qualquer modo, uma restrição à esfera de liberdade do cidadão americano. Tal orientação jurisprudencial, de intervir para controlar as leis atinentes às liberdades pessoais, vem prevalecendo naquele Tribunal nas últimas décadas, como forma de assegurar o respeito aos direitos fundamentais de cada cidadão (liberdade de expressão, de religião, de participação política, de privacidade).” Idem, p. 140-141. Grifo do autor.

No Brasil a previsão do princípio da proporcionalidade é implícita, havendo divergência doutrinária acerca da norma constitucional na qual ele se assenta.

Bonavides preconiza que “No Brasil a proporcionalidade pode não existir como norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”.²³⁶ Para esse doutrinador, “A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.”²³⁷

Para o citado autor, o princípio da proporcionalidade flui do § 2º, do art. 5º²³⁸, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, e do Estado de direitos e dos princípios que este consagra e que tornam inviolável a unidade da Constituição²³⁹.

Barros ao apresentar a fundamentação do princípio da proporcionalidade a partir da essência dos direitos fundamentais, aduz o seguinte, “Conquanto o *princípio da proporcionalidade* esteja em plena expansão de sentido, pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como princípio dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos direitos fundamentais, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de direitos.”²⁴⁰

E segue,

²³⁶ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2003, p 434. Argumenta o autor que “[...] é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral do direito, apto a acautelar do arbítrio o poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.” Idem, p. 435

²³⁷ Ibidem. Para Bonavides, a idéia da proporcionalidade pode ser vislumbrada a partir de diversas normas da Constituição art. 5º, incisos V, X, XXV; art. 7º, incisos IV, V e XXI; art. 36, par. 3º; art. 37, inciso IX; art. 40, inc. III, alíneas c, d, e par. 4º; art. 40, V; art. 71, VIII; art. 84, parágrafo único; art. 129, II e IX; art. 170, *caput*; art. 173, *caput* e par 3º, 4º e 5º; art. 174, para. 1º; e art. 175, IV. BONAVIDES, op. cit. p. 434-435. Para Suzana Barros, os princípios jurídicos constitucionais “[...] podem já estar escritos no texto da Constituição, como podem estar implícitos.” E, “[...] por um processo de permanente adequação do sentido da Constituição, é natural que alguns princípios vão sendo descobertos, e [...] e vão-se impondo nessa ordem jurídica como aptos a solucionar os casos concretos, qualificando o sistema interno com o sistema aberto.” BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 90.

²³⁸ Art. 5º, § 2º, da CF. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²³⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 436.

²⁴⁰ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 92. Grifo da autora.

O *princípio da proporcionalidade*, como uma das idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento [...], nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de *garantia especial*, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (HESSE)²⁴¹.

Assim, “Entre essas idéias o *princípio da proporcionalidade* complementa o princípio da reserva legal (art. 5.º, II) [...]”²⁴², e parafraseando Gilmar Ferreira Mendes, segue aduzindo, “E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da *reserva legal proporcional* ou ainda, no *devido processo legal substancial*.”²⁴³

No entanto, para a autora “[...] não parece correto assinalar uma dualidade de posição entre a fundamentação do *princípio da proporcionalidade* a partir da essência dos direitos fundamentais e aquela outra, a partir da concepção de Estado de Direito, já que ambas constituem idéias indissociáveis.” Assim, “[...] compreende-se também que a proporcionalidade é um princípio concretizado a partir do cânone do Estado de Direito.”²⁴⁴

No seu entendimento, “A existência do *princípio da proporcionalidade* no nosso sistema não depende, assim, de estar contido numa formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais.”²⁴⁵

Assim, o princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infra-constitucionais, devendo guiar o intérprete/aplicador, ainda que não se encontre explicitamente no texto constitucional.²⁴⁶

²⁴¹ Idem, p. 93. Grifo da autora. Gilmar Ferreira Mendes, analisando decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, conclui que aqueles precedentes consolidam “O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, LIV)”. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., n. 23, 1 Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175, p. 469.

²⁴² BARROS, op. cit., p. 94. Grifo da autora.

²⁴³ Ibidem. Grifo da autora.

²⁴⁴ Idem, p. 95. “Averbe-se, por importante, que os pressupostos jurídicos do Estado de Direito, desde a sua formulação original, sempre se constituíram em meios técnicos de defesa dos direitos fundamentais [...]” Ibidem.

²⁴⁵ Idem, p. 91. Grifo da autora.

²⁴⁶ E como nos lembra Bonavides, “A lesão ao princípio é [...] a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades [...]” BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2003, p. 435.

3.2.3 Princípio da proporcionalidade

Antes de adentrarmos no estudo do princípio da proporcionalidade cabe ressaltar que a jurisprudência e a doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade.

Os americanos, como antes apresentado, falam em razoabilidade. Para Barros, “[...] razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível.”²⁴⁷ Para a autora, por razoabilidade é possível, ainda, associar outros significados como bom senso, prudência e moderação.²⁴⁸

A doutrina alemã utiliza indistintamente as nomenclaturas proporcionalidade e proibição de excesso.

Relativamente aos termos *proibição de excesso* ou *vedação de excesso*, pondera-se a respeito do seu uso que o termo *excesso* é bastante amplo. Por certo, sempre que o legislador atua para além da autorização constitucional, a rigor ele comete o excesso e não somente quando elabora ato legislativo permissivo de uma invasão ou restrição indevida na esfera de direitos ou liberdades dos cidadãos. Nesse sentido, qualquer vício de inconstitucionalidade verificado redundaria em excesso, porque a atividade legislativa é sempre vinculada a limites formais e materiais. Não obstante, como enfatizado, o importante não é o *nomem iuris* que se lhe seja dado, mas a substancia de que seja provido²⁴⁹.

O Supremo Tribunal Federal “[...] empregou pela primeira vez a expressão *princípio da proporcionalidade* em sede de controle de constitucionalidade em 1993 [...]”²⁵⁰ No entanto, mesmo fazendo menção ao termo proporcionalidade, o Supremo

²⁴⁷ BARROS, op.cit., p. 70.

²⁴⁸ Para Barros, o Supremo Tribunal Federal com freqüência utiliza a expressão razoabilidade, no sentido de aferir a constitucionalidade das leis, quando em causa esta o exame da igualdade, como na ADIn n.º 489-1/600 – DF, Medida Cautelar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. DJU de 22.11.91. Ou empregada como exigência da racionalidade, atributo que deve ter toda argumentação técnica, como no Agravo de Instrumento n.º 141.916-4 – São Paulo, Min. Marco Aurélio de Mello, publ. no DJU de 22.03.94. BARROS, op. cit., p. 70-71.

²⁴⁹ Idem, p. 72-73. Grifo da autora.

²⁵⁰ Medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense n.º 10.248, de 14.01.93. “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2.º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no

Tribunal Federal, “[...] não deixou de fazer referência à *razoabilidade*, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.”²⁵¹ Utilizaremos o termo *proporcionalidade* no presente estudo.

O princípio da proporcionalidade é de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrições de direitos fundamentais, uma vez que, a partir dele se opera o sopesamento dos direitos fundamentais, oferecendo ao caso concreto uma solução adequada e que procura a harmonia e unidade do texto Constitucional.

O princípio da proporcionalidade faz analisa entre o fim e meio empregado para a efetivação da medida a ser adotada para o caso de colisão ou restrição de direitos ou bens constitucionalmente protegidos, exigindo que o meio adotado seja adequado.

Nas hipóteses de restrição legislativa ou colisão no âmbito dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade exige que a medida adotada seja adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida), que se verifica mediante a aplicação dos seus subprincípios que analisaremos nos itens seguintes.

3.2.4 Subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade

Quanto ao seu conteúdo, segundo a doutrina alemã,

[...] o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a *adequação* (*Geeignetheit*), a *necessidade* (*Enforderlichkeit*) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit*), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.²⁵²

3.2.4.1 Subprincípio da adequação ou da idoneidade

Princípio da adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para a sua consecução. Este

caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade; liminar deferida.” STF, Pleno, j. 01.07.93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. BARROS, op. cit., p. 73-74. Grifo da autora.

²⁵¹ Idem, p. 74. Grifo da autora.

²⁵² BARROS, op.cit, p. 75. Grifo da autora

subprincípio “[...] ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.”²⁵³, uma vez que, nem sempre há um único meio idôneo, mas que pode haver vários”.

Entendido o *princípio da proporcionalidade* como parâmetro para balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a *adequação* dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva dever ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional²⁵⁴.

Portanto, qualquer ato administrativo ou judicial deve estar em conformidade com a Constituição, ou seja, de acordo com os princípios constitucionais. Uma lei, portanto, somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

3.2.4.2 Subprincípio da necessidade ou da exigibilidade

O princípio da necessidade ou princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima, pergunta “[...] pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado.”²⁵⁵

Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.²⁵⁶

²⁵³ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 149.

²⁵⁴ BARROS, op. cit., p. 76. Grifo da autora.

²⁵⁵ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 150.

²⁵⁶ Idem, p. 150-151.

O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa.²⁵⁷

Para verificar se uma determinada medida é necessária, devem-se analisar as circunstâncias do caso concreto, no entanto, isso não se dá de forma pura e simples, mas sim à luz dos princípios constitucionais. Assim, para a adoção de uma dada medida restritiva, há que se ponderar sobre bens e os valores que estão em jogo, à luz da Constituição, priorizando por aquela medida que preserve, ao máximo, o fim pretendido pela norma em questão.²⁵⁸

3.2.4.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

A seu turno, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito “Examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa - observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta - e a finalidade perseguida.”²⁵⁹ É a ponderação de bens propriamente dita.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir

²⁵⁷ Exigi-se sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso. “A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo” STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 80

²⁵⁸ Steinmetz fazendo uso das considerações de Gonzalez-Cuellar Serrano identifica, no mínimo, quatro notas essenciais no subprincípio da necessidade: “A primeira, [...], é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a da que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. [...] A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida menos eficaz. Contudo, aqui surge uma pergunta: se houver um meio M¹ menos gravoso que o meio M², porém menos eficaz, então qual meio deverá ser considerado legítimo? A questão comporta no mínimo duas respostas. Uma é a que prevalece na jurisprudência e na doutrina alemã, segundo a qual a eficácia do meio menos prejudicial deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele. A outra resposta enuncia que a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida. A quarta nota essencial é a dimensão empírica. É um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é o meio menos prejudicial.” STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 151.

²⁵⁹ STEINMETZ, op. cit., p. 152.

outro, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo de valor superior ao restringido²⁶⁰.

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada²⁶¹.

Com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete/aplicador do direito considera as peculiaridades do caso concreto, auferindo os valores que estão em jogo, fazendo prevalecer aquele que, à luz dos princípios constitucionais, deve ser mais o protegido. O juízo de proporcionalidade busca um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado.

Nessa atividade de ponderação, ao intérprete/aplicador do direito não basta simplesmente eleger aquele valor que, no seu entender, deve prevalecer no caso concreto. A sua escolha deve ser realizada e justificada à luz dos princípios Constitucionais, devendo indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado.

A proporcionalidade *stricto sensu* encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos outros princípios da adequação e necessidade e, por isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do *princípio da proporcionalidade*. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida. [...] Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito.²⁶²

²⁶⁰ Nesse sentido, “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. (...) Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação.” STUMM, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995, p.81.

²⁶¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2000, p. 82-83.

²⁶² Idem, p. 84. Grifo da autora. A mesma autora parafraseando Ernesto Pedraz Penalva ao mencionar sobre o controle proposto na verificação da proporcionalidade entre os meios e os fins colimados, em se tratando de direitos fundamentais, pode “[...] empreendido segundo orientações que se vão firmando nos Tribunais, de modo a constituir-se em idéias objetivas de justa medida”. E segue exemplificando com os três critérios desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional alemão, “[...] a partir dos quais se faz a ponderação dos meios em relação aos fins, [...]: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do

No caso de colisão de direitos fundamentais, Alexy formula sobre a lei da ponderação, “De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.”²⁶³ que, segundo Steinmetz, “[...] nada mais é que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito”²⁶⁴.

Dessa forma, um juízo sobre a proporcionalidade da medida tem que resultar da ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo intérprete/aplicador do direito - proporcionalidade em sentido estrito. Pelo pressuposto da adequação exige-se que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos, e finalmente, pelo requisito da necessidade tem-se que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo seria igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

3.2.5 Princípio da proporcionalidade e relações de trabalho

Como apresentamos anteriormente os direitos fundamentais estão presentes nas relações de trabalho e exercem uma limitação ao poder diretivo do empregador, ocasionando assim, algumas vezes, situações de tensão na relação entre empregado e empregador.

Dessa forma, em determinados casos concretos, esses interesses não se harmonizam entre si, essas situações de tensão surgem em razão própria da carga valorativa presente nas normas Constitucionais, em especial aqui, nos direitos fundamentais do empregado e poder diretivo do empregador, que tem assegurado também pela Constituição do direito a livre iniciativa.

Como o poder diretivo não é absoluto e sim limitado, principalmente porque na relação de trabalho deve-se preservar antes de tudo o princípio da dignidade da pessoa humana, quando nos deparamos com situações de tensão/colisão de direitos fundamentais

indivíduo, mais relevante não de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade)”. Idem, p. 86.

²⁶³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, p. 161.

²⁶⁴ STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 153.

o princípio da proporcionalidade surge para sopesar os bens colidentes e no caso concreto determinar qual dos direitos ou bens protegidos constitucionalmente deverá prevalecer.

Tratando-se de normas constitucionais, não se cogita de hierarquia, e havendo conflito entre dois interesses constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, quando nos deparamos com determinadas situações encontradas nas relações de trabalho onde o empregador fazendo uso do seu poder diretivo instala câmeras filmadoras, realiza revistas íntimas, faz monitoramento do correio eletrônico dos empregados, no caso concreto, haverá a necessidade de harmonizar os direitos colidentes procurando manter o princípio da unidade da Constituição e no caso concreto o intérprete/aplicador do direito aplicando o método da ponderação de bens, o princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios vai buscar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais, sempre ponderando as medidas a serem adotadas.

Dessa forma, no próximo capítulo faremos um estudo tópico da colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, a partir da análise de algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

4 PODER DIRETIVO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ESTUDO TÓPICO

No primeiro capítulo estudamos que por força do contrato de trabalho o empregado está subordinado juridicamente ao empregador que detém o poder diretivo de dirigir a prestação dos bens e serviços. Analisamos também que esse poder não é ilimitado ou absoluto uma vez que o empregado é titular de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, não estando sujeito a todo e qualquer tipo de ordem do empregador, ou seja, o poder diretivo do empregador é limitado pelos direitos fundamentais do empregado.

Em sendo normas (princípios) assegurados constitucionalmente, – poder diretivo e direitos fundamentais – seguimos nosso estudo apresentando os princípios de interpretação constitucional, pois quando interpreta o texto constitucional o aplicador/intérprete do direito deve sempre buscar manter a unidade e harmonia da Constituição.

Dessa forma, tratando-se de bens/valores assegurados constitucionalmente sem hierarquia entre ambos, no terceiro capítulo apresentamos a ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, pois, como já exposto, a doutrina revela que a ponderação de bens é uma ponderação de valores. Sendo assim, entendemos que, a rigor, a ponderação de bens está presente em todo o ordenamento jurídico. Desta feita, a produção/interpretação/aplicação é informada pela técnica da ponderação de bens.

Assim, tomamos a ponderação de bens como a técnica dirigida da interpretação dos princípios, mais notadamente aos casos de colisão entre eles. Como, já foi dito, os princípios trabalham na dimensão do peso e a metódica correspondente é a do sopesamento. Não estamos no campo da validade da regras (tudo ou nada), mas sim no

plano da importância. Dessa forma, ponderação de bens é ponderação de princípios. Voltamos assim aos *hard cases* apresentados por Dworkin.

Ainda cabe observar que a ponderação de bens incide nas especialidades do caso concreto para possibilitar uma solução harmônica com o sistema. Assim, a ponderação ocorre em especial quando há tensões entre princípios visando dar equilíbrio entre os valores normativos em disputas.

Numa síntese, poderíamos dizer que mediante a ponderação de bens e valores, busca-se a harmonização das situações conflituosas e que o princípio da proporcionalidade constitui o instrumento que orienta a interpretação e a aplicação do direito, procurando garantir a realização dos interesses em conflito com o mínimo de sacrifício dos bens envolvidos.

Assim, através dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que estruturam o princípio da proporcionalidade, é possível analisar qual solução para o caso concreto é a mais “justa” e que mantém a harmonia do sistema. Pelo subprincípio da adequação, o intérprete/aplicador do direito analisará, no caso concreto, se há ou não necessidade de restringir o direito de uma parte em detrimento do direito da outra parte, se a conclusão for positiva, então, analisará se a restrição a ser adotada contribuirá ou não para a solução do conflito.

Constatado que o meio restritivo pode contribuir para a solução do problema, o intérprete/aplicador analisará, à luz do subprincípio da necessidade, a medida restritiva que causa menor prejuízo à parte contrária, ou seja, a medida menos gravosa. Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete/aplicador analisará se a medida restritiva a ser aplicada encontra-se em razoável proporcionalidade com o fim perseguido, realizando um sopesamento entre o meio e o fim utilizado, de tal forma que o meio empregado seja apto a solucionar a colisão com o mínimo de sacrifício para as partes envolvidas.

Dessa forma, considerando os referenciais teóricos que norteiam a presente dissertação e empreendendo uma síntese acerca da compreensão e da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de colisão de direitos fundamentais nas relações trabalhistas, apresentamos as seguintes premissas:

- 1) o Direito é um sistema normativo aberto, composto de normas jurídicas, que constituem o gênero das espécies regras e princípios, como apresentam Dworkin, Alexy e Canotilho;
- 2) em sendo a Constituição formada por princípios e regras o intérprete no momento da interpretação deve ser ater aos princípios de interpretação constitucional presentes na doutrina visando manter a unidade e harmonia da Constituição;
- 3) no sistema, os direitos fundamentais apresentam-se como caráter de princípios, possuindo, assim, alto nível de generalidade em relação ao meio fático. São mandatos de otimização e podem colidir ao se inter-relacionarem;
- 4) em existindo conflito entre os princípios (direitos fundamentais), a solução concreta a ser encontrada deve ser buscada com base no seu valor, ponderando-se a importância de cada um deles, até afastar a incidência de um em relação ao outro;
- 5) o método da ponderação buscará sopesar os princípios a fim de decidir quais dos princípios, no caso concreto, tem maior peso ou valor entre as normas (princípios) conflitantes;
- 6) na hipótese de existência de colisão entre os princípios constitucionais (ou direitos fundamentais), deve atentar para a tarefa interpretativa e aplicativa da norma constitucional, resolvendo-se conforme o caso concreto com base no princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), visando chegar à decisão mais harmônica ao caso concreto;
- 7) o direito constitucional do trabalho se insere na Constituição e configura o estudo dos fundamentos constitucionais da esfera trabalhista, cuidando dos direitos individuais, coletivos e sociais;
- 8) no Brasil, os direitos fundamentais estão presentes no campo da regulação das relações de trabalho tanto individuais quanto coletivas;
- 9) nas relação de trabalho subordinado, poder de direção e subordinação são idéias intrínsecas, uma vez que, pela subordinação jurídica, o empregado obriga-se a acolher a direção do empregador;
- 10) o poder diretivo encontra assento constitucional no direito de propriedade do empregador e é entendido como a prerrogativa do empregador de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços por parte do empregado;

- 11) os limites do poder diretivo encontram-se demarcados pela licitude da ordem, pela razoabilidade, não podendo interferir nos direitos fundamentais do empregado, assegurados também na Constituição;
- 12) assim, a Constituição ao passo que resguarda os direitos fundamentais dos trabalhadores, também tutela o poder diretivo do empregador, o que pode gerar situações de colisão entre bens protegidos constitucionalmente;
- 13) nas situações de colisão, a análise do caso concreto indicará qual o direito que deverá prevalecer, na medida em que somente a abordagem específica dirá qual o direito que deverá sofrer restrição, ou se prevalece o poder diretivo do empregador ou o direito fundamental ou então buscar uma harmonização prática entre ambos a partir da ponderação de bens, verificando os interesses contrastantes, ponderando quais deles possuem maior relevância, identificando a solução mais adequada através da aplicação ou interpretação do direito, evitando-se abusos ou excessos;
- 14) a ponderação de bens ressalta a identidade aberta da Constituição, e, portanto, é o princípio da proporcionalidade que orienta o sopesamento de bens;

Assim, a partir dessas premissas balizadoras dos atos de interpretar e aplicar os princípios constitucionais, analisaremos algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho procurando verificar como o mesmo tem empregado o método da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade, como forma de sopesamento de bens, nos casos de colisão entre direitos fundamentais do empregado e poder diretivo do empregador.

CASO 1 – Revista íntima²⁶³

Começaremos com uma decisão prolatada no Recurso de Revista nº. 533.770/1999.0, publicado no Diário de Justiça de 07.12.2006²⁶⁴, referente a uma reparação de danos morais decorrente da realização de revista íntima realizada pelo empregador, que submetia o empregado a ficar em trajes íntimos perante o encarregado.

²⁶³ Inteiro Teor do Acórdão – ver anexo 1

²⁶⁴ EMENTA: RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. Constitui fundamento do Estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja observância deve ocorrer na relação contratual trabalhista; o estado de subordinação do empregado e o poder diretivo e fiscalizador conferidos ao empregador se encontram em linha de tensão, o que não pode levar à possibilidade de invasão da intimidade e desrespeito ao pudor do trabalhador. A comercialização, pela empresa, de produtos que lhe exigem maior vigilância sobre os estoques, apesar de ensejar a adoção de revista do empregado, ao término da jornada, não afasta o dever de que ela seja feita segundo meios razoáveis, de modo a não causar constrangimentos ou humilhação, cuja ocorrência configura dano moral a ser reparado. Recurso de revista conhecido e provido.

O empregador justifica a revista íntima aduzindo que comercializa produtos que exigem maior vigilância sobre o estoque, inclusive produtos de venda estritamente controlada (psicotrópicos).

Na decisão de 1º Grau, o Tribunal Regional considerou que a prática de revista visual está inserida no âmbito do poder diretivo do empregador, e que não há antijuridicidade, uma vez que a Reclamada, na qualidade de distribuidora de medicamentos, inclusive aqueles de venda estritamente controlada (psicotrópicos), procede de maneira cautelosa a fim de evitar possíveis extravios e, também, porque a revista não causa nenhum constrangimento ao empregado, uma vez que, era tão-somente realizada a vistoria visual, por pessoas do mesmo sexo, e durante a troca de uniformes dos empregados. Não havia imposição de se despissem exclusivamente para serem vistoriados.

O Juiz Relator assim manifestou na sua decisão:

O fato, per se, constitui constrangimento ao empregado, mesmo quando realizado por supervisores do mesmo sexo. A adoção dessa medida, para salvaguarda do patrimônio do empregador e de sua própria atividade, porquanto se trata de distribuição de medicamentos, incluindo psicotrópicos, encontra limite no respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, não é cabível a exposição do empregado a métodos desarrazoados aos seus sentimentos íntimos. [...]. Ora, a empresa dispunha de câmeras de vídeo, cuja utilização cumulava com a revista pessoal e íntima; portanto, já adotava e dispunha de meios destinados à observância e controle de estoques e constatação de eventuais desvios, e a realização da revista no momento em que o empregado trocava suas vestes constitui-se um excesso indevido, [...]

Mais a frente, aduz o seguinte:

O caso presente se delinea pela tensão entre o valor econômico, a atividade empresarial e a proteção aos bens, os produtos comercializados, e o valor pessoal e moral atingido mediante a realização da revista íntima. No exercício do poder diretivo, o empregador encontra limites no respeito à dignidade do empregado, que, de sua vez, se encontra sob estado de subordinação, o que deve ser sopesado, segundo o critério da razoabilidade das medidas adotadas no âmbito da empresa, para assim ser preservado o equilíbrio entre as partes.

Dessa forma, nos deparamos na presente decisão com a colisão de princípios constitucionais de um lado representado pela livre iniciativa (art. 170, da CF/88) e de outro pela tutela aos direitos fundamentais do empregado (art. 5º, X, da CF/88) que obriga o

jugador a sopesar os valores e interesses em jogo procurando manter o senso de equilíbrio na relação trabalhista.

A revista pessoal é prática tolerável desde que preservada a intimidade do trabalhador. Sendo, portanto, admitida excepcionalmente, devendo ser observados a intimidade e a privacidade do empregado. A revista pessoal de empregado, para ser admitida como meio de proteger o patrimônio do empregador, como preservação do próprio objeto da atividade econômica ou para a segurança interna da empresa, deve levar em conta os princípios da razoabilidade.

Como a questão decorreu da realização de revistas, determinada pela empresa, onde os empregados ficavam em trajes íntimos, o Tribunal entendeu tratar-se de constrangimento, ainda que a revista fosse realizada por supervisores do mesmo sexo, uma vez que a adoção dessa medida, ainda que para salvaguarda do patrimônio do empregador e de sua própria atividade (distribuição de medicamentos, incluídos psicotrópicos), encontra limites no respeito à dignidade da pessoa humana e no direito à intimidade, não sendo cabível a exposição do empregado a tais métodos, pois a empresa dispunha de câmeras de vídeo, ou seja, já adotava meios destinados à observância e ao controle dos estoques e constatação de eventuais desvios, e a realização da revista no momento em que os empregado trocava as roupas constitui um excesso.

Assim, no exercício do poder diretivo, o empregador encontra limite no respeito à dignidade do empregado, que, por sua vez, encontra-se sob estado de subordinação jurídica, o que deve ser sopesado, segundo o critério da razoabilidade das medidas adotadas no âmbito da empresa, para assim ser preservado o equilíbrio da relação entre as partes.

Dessa forma, fica demonstrado na presente decisão, do debate travado com a colisão entre os direitos fundamentais do direito a propriedade do empregador, caracterizado pelo poder de direção e o direito a intimidade do empregador, onde sopesando os princípios tem maior peso o valor entre eles o direito do empregado, em razão de o empregador não ter respeitado os limites de razoabilidade e porque dispunha de outros meios para proteger seu patrimônio.

Analisando a decisão do julgador/intérprete/aplicador do direito através do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, podemos verificar que houve um juízo de adequação da medida adotada, ou seja, o meio escolhido – prevalecer o direito do

empregado considerando danoso o ato praticado pelo empregador pela revista íntima - contribuiu para a obtenção do resultado pretendido (subprincípio da adequação); o meio eleito para a consecução do fim proposto era o mais idôneo e que objetivava produzir conseqüências menos gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado – uma vez que o empregador dispunha de outras formas de fiscalização – (subprincípio da necessidade). Tudo isso levou à conclusão da necessidade de equilíbrio entre os valores e os bens que se encontravam em tensão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

CASO 2 – Rescisão de contrato de trabalho por HIV²⁶⁵

Decisão oriunda do Recurso de Revista nº. 1059/1999-087-15-00.0, publicado no Diário de Justiça em 19.08.2005²⁶⁶, versa sobre a rescisão de um empregado portador de HIV, na qual nos deparamos com a colisão entre o poder diretivo do empregador de rescindir o contrato de trabalho e da livre iniciativa e o princípio da não discriminação.

O TST confirmou o acórdão declarando a nulidade da dispensa determinando a imediata reintegração do empregado no mesmo local de trabalho e em função compatível com seu estado físico por entender que o empregador praticou um ato de discriminação, uma vez que tinha consciência do estado de saúde do empregado ao demiti-lo.

Nas razões de decidir, o Relator aduziu que o art. 1º, III, da CF, consagra o respeito à dignidade da pessoa humana, e que na mesma esteira a Constituição proclama como princípio fundamental o valor social do trabalho, inerente à própria dignidade humana, e que consigna também, entre os seus objetivos o dever de promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

²⁶⁵ Inteiro Teor do Acórdão – ver anexo 2

²⁶⁶ EMENTA: RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE TRABALHO. RESCISÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. A Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Competindo aos Poderes Públicos e à sociedade a iniciativa de ações destinadas a assegurar à população os direitos relativos à saúde, nos termos do artigo 194, segue-se que a ordem jurídica constitucional impõe a essa mesma sociedade, como um todo, aí incluídas as empresas, o dever jurídico geral de colaborar com o Estado na concretização do direito à saúde. Neste contexto, a determinação judicial de reintegração de empregado portador do vírus HIV não implica desrespeito ao princípio da legalidade, porque a sua manutenção no emprego, com direito aos salários, assistência e tratamento médicos, decorre de princípios e garantias fundamentais da própria Constituição Federal, frente à qual cede passo e torna-se irrelevante a ausência de norma infraconstitucional expressa proibindo a dispensa de empregado portador do vírus HIV. Recurso de revista não conhecido.

discriminação (art. 3º, IV, CF). Aduz, também, que a Constituição no art. 170, estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Contrapondo-se a esses princípios, expõe que o princípio da livre iniciativa, como valor social constitucionalmente assegurado, autoriza o empregador a por fim ao contrato de trabalho.

Ctando Daniel Sarmiento²⁶⁷ pondera que a limitação da autonomia privada frente a outros direitos que se lhe possam antepor, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando a otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses.

De fato, a Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais, simultaneamente, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (artigo 1º, IV). Em verdade, o trabalho é, ao mesmo tempo, um direito e uma obrigação de cada indivíduo, mesmo porque, para viver, o homem precisa trabalhar. A liberdade de iniciativa, lembre-se, também foi acolhida pela Constituição.

Em uma análise abstrata, não há que se falar em colisão entre os princípios que tratam dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. De um modo geral, ambos podem ser exigidos integralmente, sem qualquer redução. Porém, no caso concreto, a valorização do trabalho desenvolvido pelo empregado encontrou obstáculo na livre iniciativa do empregador, que não relutou em rescindir o contrato de trabalho.

Ocorre que, conforme delimitado, a reintegração do empregado foi deferida em razão do ato discriminatório praticado pelo empregador, uma vez que restou incontroverso que ele era portador do vírus HIV, e que o preconceito se estabelece a partir da ciência de que a pessoa é portadora da doença.

Pontuando a análise da decisão através do princípio da proporcionalidade, verificamos que a medida adotada é a menos gravosa (subprincípio da necessidade) e que alcança o fim desejado (subprincípio da adequação) – reintegração, colimando com a razoável proporção com o fim perseguido e a harmonização, oferecendo equilíbrio a relação, pois é sabido que uma pessoa portadora do vírus HIV encontra obstáculos a sua inserção no mercado de trabalho e que sua permanência no local de trabalho não causaria danos ao empregador.

²⁶⁷ O Relator não cita no acórdão qual obra do Daniel Sarmiento ele utilizou, mas acredita-se tenha sido extraído da obra: *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2004.

CASO 3 – Monitoramento do correio eletrônico²⁶⁸

A seguinte decisão a ser analisada é oriunda do Recurso de Revista nº. 613/2000-013-10-00, publicado no Diário de Justiça 10.06.2005²⁶⁹, trata da questão do monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. O empregado teve seu contrato de trabalho rescindido por justa causa, depois de o empregador constatar que o mesmo, no exercício de suas funções, teria expedido comunicações eletrônicas - *e-mails* - com fotos pornográficas, utilizando-se do computador e do provedor e endereço eletrônico da empresa, que lhe foi disponibilizado para a execução de suas tarefas profissionais. O empregado insurgiu-se com à admissão das provas apresentadas empregador para comprovar a justa causa, aduzindo que o mesmo teria violado o seu *e-mail* sem a sua anuência, contaminando, assim, as provas obtidas mediante esse acesso "ilegal"

Para o TST apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, utilizando-se de provedor próprio recebe proteção constitucional e legal de inviolabilidade, o que não ocorre com o chamado e-mail corporativo, que trata de instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado faz uso do terminal de computador e de provedor da empresa, bem como do próprio endereço eletrônico a ele disponibilizado, também, pela empresa, o que equivale a uma ferramenta de trabalho proporcionado pelo empregador ao empregado para a realização do trabalho.

Dessa forma, entendeu o TST, por se tratar de e-mail para uso corporativo, que pode o empregador monitorar e rastrear as mensagens, não sendo ilícita a prova assim obtida.

O empregador, nas razões do recurso, alega que caso entendida ser a prova obtida através de meios ilícitos, que fosse utilizado do princípio da proporcionalidade, de modo a afastar os extremos, qual seja, a total inadmissibilidade da prova considerada ilícita. O

²⁶⁸ Inteiro Teor do Acórdão – ver anexo 3

²⁶⁹ EMENTA: PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

relator comungando com os fundamentos lançados nas razões de recurso do empregador acerca do princípio da proporcionalidade, assim se manifesta:

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem o objetivo de impedir que através do dogma ao respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, no caso dos presentes autos, a própria reputação da reclamada, que poderia ter a sua imagem abalada. A referida teoria, portanto, tem por objetivo sopesar os interesses e valores em discussão, quando da consideração da prova obtida através de meio ilícito, de forma que seja possível a verificação da relação custo-benefício da medida, através da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Tal fato resulta na necessidade de que haja a ponderação do que gerará maior prejuízo ao cidadão, se é a admissibilidade ou não da prova ilicitamente obtida.

[...]

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o e-mail do reclamante, como o seu próprio provedor.

Entendo que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabe a ela o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido dos e-mail, por um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor.

A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.

O juiz revisor, em seu voto, também aduz que em sendo o empregador titular do poder diretivo, assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas pelos empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas. Segue aduzindo que:

Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF.

Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos

pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).

Dessa forma, o Tribunal entendeu que não houve ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CF) uma vez que o e-mail corporativo era concedido ao empregado para exercício das atividades laborais, para uso de mensagens de cunho profissional, não podendo ser equiparado para efeito de proteção ou interceptação às correspondências postais e telefônicas. Entendeu também não haver afronta à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF). E pelas mesmas razões, por se tratar de e-mail corporativo, não há, assim, violação ao princípio que assegura a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meio ilícito.

A situação é instigante e pode ser resolvida à luz do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, analisando que medida se apresenta mais apta a atingir o fim desejado, qual seja harmonizar o direito à intimidade do empregador ou o direito do empregador de propriedade de rastrear o correio eletrônico do empregado com o mínimo de prejuízo para ambas as partes envolvidas, ou seja, estando presentes os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Concluindo, podemos vislumbrar nos três casos apresentados, que o Tribunal, ao se deparar com situações de colisão de direitos fundamentais nas relações de trabalho, fez uso da ponderação, procurando a harmonização, utilizando o princípio da proporcionalidade no momento da interpretação e aplicação do direito, através da adequação e da necessidade da medida restritiva, buscando sopesar os princípios em tensão almejando o equilíbrio no caso concreto.

De fato, ao demonstrar que a medida a ser aplicada ao caso conflituoso é adequada, necessária e proporcional, e que, além disso, preserva a unidade e a harmonia da Constituição, o intérprete e o aplicador do direito estarão solucionando o conflito na relação de trabalho, procurando e restringindo minimamente os direitos dos sujeitos do contrato de trabalho, empregador e empregado, amparando a decisão no texto Constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na relação de trabalho, empregado e empregador são titulares de direitos e sujeitos destinatários de deveres instituídos pela Constituição e pelas leis. A Constituição assegura ao empregador o direito à propriedade e à livre iniciativa e a Consolidação das Leis do Trabalho lhe confere o direito ao poder diretivo pelo qual ele dirige e orienta o trabalho. No entanto, esse poder não é absoluto e ilimitado.

O empregado, titular de direitos fundamentais, pela subordinação que emerge do contrato do trabalho, se sujeita às ordens do empregador, e, nesse ponto, nos deparamos com o objeto de estudo da presente dissertação, quando os direitos fundamentais de titularidade do empregado limitam o poder diretivo do empregador e de onde emergem situações de tensão entre um ou mais bens juridicamente tutelados, de mesmo nível hierárquico.

O conflito entre empregador e empregado tem que ser resolvido com o menor prejuízo possível dos interesses de ambas as partes e de forma que os valores e princípios jurídicos insculpidos na Constituição Federal sejam preservados e cumpridos. Para isso, é necessária a adoção de meios de interpretação e de aplicação para harmonizar os bens em tensão.

Na solução dessas tensões, faz-se necessário um juízo de ponderação entre os bens jurídicos tutelados, objetivando-se sacrificar o mínimo possível os direitos em jogo. Essa ponderação, certamente sujeita-se aos princípios de interpretação constitucional, especialmente os da unidade da Constituição e proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio que auxilia na interpretação e na aplicação do direito,

em especial nos casos que suscitam a aplicação de um ou mais valores jurídicos de igual relevância.

O princípio da proporcionalidade, através de seus subprincípios, quais sejam, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, permite ao intérprete adotar uma medida apta para solucionar o conflito, restringindo minimamente os interesses das partes envolvidas.

Estando em colisão princípios (direitos fundamentais), a solução se dá através do sopesamento, ponderando-se o peso de importância de cada um deles, até afastar a incidência de um em relação ao outro.

Assim, quando nos deparamos no caso concreto com conflito entre as garantias constitucionais do poder diretivo do empregador, assegurado constitucionalmente pelo direito à propriedade, e os direitos fundamentais do empregado que ensejam a restrição de um dos direitos, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade se buscará a harmonização dos direitos em conflito.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade tem imensa importância como meio de interpretação e aplicação do direito, nos casos em que se verifica a ocorrência de colisão de dois ou mais bens juridicamente tutelados, os quais requerem especial habilidade do intérprete no que se refere à ponderação de bens, buscando sopesar os princípios em conflito a fim de decidir qual deles, no caso concreto, tem maior peso ou valor.

O intérprete/aplicador do direito ao usar a técnica do sopesamento de bens, através do princípio da proporcionalidade, na busca da solução para o conflito entre os direitos tutelados pela Constituição, deve sempre procurar dar uma interpretação conforme a Constituição, de forma a preservar a harmonia e a unidade do sistema jurídico.

Por fim, restou evidenciado que o princípio da proporcionalidade, sob o pálio dos seus subprincípios – da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, constitui um valioso meio de interpretação e aplicação do direito nos casos de conflito nas relações de trabalho entre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, justamente porque permite solucionar as colisões entre bens, procurando restringir, ou restringindo minimamente, os direitos sopesando no caso concreto o peso de ambos através do equilíbrio entre os bens em disputa, preservando a harmonia e a unidade da Constituição e do sistema jurídico.

A solução adequada *a priori* não existe, haja vista que a idéia do justo não é algo pré-concebido. A melhor solução somente pode ser concebida a partir do caso concreto, devendo o intérprete, ao fazer o juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, levar em consideração a realidade do caso em litígio, procurando encontrar uma solução que assegure um resultado justo, justificado através de um processo argumentativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo* (215), Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-VILA.pdf> Acesso em: janeiro/2007.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no liminar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 14. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ltr, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASELA, João Carlos. Proteção à intimidade do trabalhador. In: MALLET, Estevão e ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). *Direito e Processo do Trabalho – estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira; CARDONE, Marly A. *Direito Social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

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

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 11-29.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1997.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito do trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MALLET, Estevão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). *Direito e Processo do Trabalho – estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. São Paulo: LTr, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., n. 23, 1 Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n. 1/8175. p. 469-475.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MUÇOUÇAH, Renato de A. Oliveira. Considerações acerca do poder diretivo do empregado no teletrabalho. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, vol. 69, n. 4, abr.1 2005. p. 446-456.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ALONSO OLEA, Manoel. *Introdução ao direito do trabalho*. 4. ed. rev. São Paulo: LTr, 1984.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro. 2003. p. 119-192

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro. 2003. p. 193-284

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. p.35-98

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, jan./jul., 2003.p.607-630. Disponível em: <<http://www.geocities.com/cesariopereira/dph/principios.doc>>. Acesso em: janeiro/2007.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.