

**UNIBRASIL – FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL
FACULDADE DE DIREITO**

FABIANO NEGRISOLI

**RESTRICÇÕES INCONSTITUCIONAIS A DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

CURITIBA

2009

FABIANO NEGRISOLI

**RESTRICÇÕES INCONSTITUCIONAIS A DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, na linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Ramos Filho

CURITIBA

2009

FABIANO NEGRISOLI

**RESTRIÇÕES INCONSTITUCIONAIS A DIREITOS
FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, na linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, para obtenção do grau de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Wilson Ramos Filho
UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil

Professor Doutor Célio Horst Waldraff

Professor Doutor Eduardo Milléo Baracat

Curitiba, 10 de março de 2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Professor Doutor Wilson Ramos Filho, por despertar o interesse pelo Direito do Trabalho, nos tempos da graduação e, agora, pela dedicação que prestou na leitura dos textos e pelas recomendações de alteração.

Agradeço a todos os colegas de escritório, em especial aos amigos Marcelo Giovani Batista Maia e Leandro Herleinn Muri, que, durante o curso de mestrado e nos períodos de afastamento para a elaboração dessa dissertação, “seguraram as pontas”.

Finalmente, agradeço a minha esposa querida, Priscilla Maria de Andrade, por toda paciência nestes dois últimos anos e pelas palavras confortantes nos momentos difíceis

RESUMO

Os direitos fundamentais demandam um desenvolvimento que pode acarretar a sua restrição ou limitação. Isso não só é possível como necessário. O problema é que a existência de restrições nem sempre é reconhecida, o que implica um menor controle, conforme a dogmática específica. O reconhecimento das restrições ou limitações depende da concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais e da amplitude do suporte fático ou âmbito de proteção de tais direitos. A opção por uma estrutura de regras e de um suporte fático restrito dos direitos fundamentais implicará a aceitação das conclusões da teoria interna: inexistência de restrições aos direitos fundamentais e inócorência de colisões envolvendo estes. “A priori”, o conteúdo de tais direitos será definido, seja por meio de delimitações legais ou recorrendo-se à teoria dos limites imanentes. Por outro lado, o reconhecimento dos direitos fundamentais como regras e princípios e com um suporte fático amplo levará à aceitação das conclusões da teoria externa, ou seja, os direitos fundamentais podem ser restringidos ou limitados e estão em permanente tensão, o que leva a uma série de colisões envolvendo esses direitos. Nesse contexto, as restrições aos direitos fundamentais poderão ocorrer basicamente por expressa disposição constitucional, por reserva legal expressa e por reserva tácita, para resolver os conflitos envolvendo tais direitos. A vantagem da aceitação das conclusões da teoria externa está na necessidade de sempre observar os “limites dos limites” (reserva legal, princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial), que são a forma de controlar a constitucionalidade dessas restrições ou limitações e de solucionar suas colisões, dando objetividade e racionalidade ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Em que pese toda essa discussão acerca das restrições e limites dos direitos fundamentais e da existência de dogmática específica, isso não tem sido observado pelo Tribunal Superior do Trabalho, como se verifica em quatro casos específicos: reconhecimento da estabilidade da empregada gestante somente quando o empregador tem conhecimento e quando confirmado o estado de gravidez e quando não reconhecia a existência do direito à reintegração; a limitação do número de dirigentes sindicais, para fins de estabilidade (Súmula 296/TST); a possibilidade de monitoramento do e-mail do empregado por parte do empregador; e a Súmula 85/TST, quando admite o acordo tácito e o acordo escrito direto com o empregado, quando determina o pagamento exclusivamente do adicional em algumas hipóteses, bem como quando insinua a compensação de 1 hora extra por 1 hora de descanso (1x1) e não 1 hora extra por 1 hora e meia de descanso.

Palavras-chaves: direitos fundamentais; restrições; teoria interna; teoria externa; “limites dos limites”; direitos fundamentais dos trabalhadores; decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

RESUMEN

Los derechos fundamentales requieren un desenvolvimiento que puede implicar una restricción o limitación de los mismos. Eso no solo es posible como es necesario. El problema es que la existencia de restricciones no siempre es reconocida y eso implica en un menor control de las mismas, conforme la dogmática específica. El reconocimiento de las restricciones o limitaciones depende de la concepción acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de la amplitud del soporte de hecho o ámbito de protección de tales derechos. La opción por una estructura de reglas y de un soporte de hecho restringido de los derechos fundamentales implicará en la aceptación de las conclusiones de la teoría interna: inexistencia de restricciones a los derechos fundamentales y no ocurrencia de colisiones envolviendo estos. “A priori” el contenido de tales derechos deberá de ser definido, por las delimitaciones legales o recorriendo a la teoría de los límites inmanentes. Por otro lado, el reconocimiento de los derechos fundamentales como reglas y principios y con un soporte de hecho amplio levará a la aceptación de las conclusiones de la teoría externa, o sea, los derechos fundamentales pueden ser restringidos o limitados y están en permanente tensión y esto leva a una serie de colisiones envolviendo a los mismos. En ese contexto, las restricciones a los derechos fundamentales pondrá ocurrir básicamente por expresa disposición constitucional, por reserva legal expresa y por reserva tácita, para resolver los conflictos envolviendo tales derechos. La ventaja de la aceptación de las conclusiones de la teoría externa esta en la necesidad de siempre observarse los límites de los límites (reserva legal, principio de la proporcionalidad y contenido esencial), que son la forma de controlar la constitucionalidad de esas restricciones o limitaciones y solucionar sus colisiones, dando objetividad y racionalidad al desenvolvimiento de los derechos fundamentales. En que pese toda esa discusión acerca de las restricciones y límites de los derechos fundamentales y da existencia de dogmática específica, eso no ha sido observado por el Tribunal Superior de lo Trabajo, como se verifica en cuatro casos específicos: reconocimiento de la estabilidad de la empleada gestante solamente cuando el empleador tiene conocimiento y cuando confirmada la gravidez y cuando no se reconocía el derecho a la reintegración; la limitación del número de dirigentes sindicales, para fines de estabilidad (Súmula 296/TST); la posibilidad de control del correo electrónico del empleado por parte del empleador; y la Súmula 85/TST, cuando admite el acuerdo tácito, el acuerdo escrito directo con el empleado, cuando determina el pagamento solo del adicional de hora extra en algunas hipótesis, bien como cuando insinúa la compensación de una hora extra por una hora trabajada (1x1) y no una hora extra por una hora y media de descanso.

Palabras-claves: derechos fundamentales; restricción; teoría interna; teoría externa; “límites de los límites”; derechos fundamentales del trabajador; decisiones del Tribunal Superior del Trabajo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1 SOBRE A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.2 O SUPORTE FÁTICO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO OU EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.3 TEORIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES	27
2.3.1 Teoria interna	27
2.3.2 Teoria externa	38
2.4 TIPOLOGIA DAS “RESTRIÇÕES” OU “LIMITAÇÕES”	42
2.4.1 Limites imanentes	51
2.4.2 Colisões envolvendo direitos fundamentais	56
3 LIMITES DOS LIMITES	61
3.1 SOBRE OS “LIMITES DOS LIMITES” AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	61
3.2 A RESERVA DE LEI RESTRITIVA	64
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	70
3.3.1 Questões preliminares e fundamento	70
3.3.2 Os subprincípios da proporcionalidade	76
3.3.2.1 O subprincípio da adequação do meio	77
3.3.2.2 O subprincípio da necessidade do meio.....	81
3.3.2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	83
3.4 DEVER DE PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL.....	91
4 A POSTURA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO EM RELAÇÃO ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES	106
4.1 ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE.....	106
4.2 O LIMITE DO NÚMERO DE DIRIGENTES SINDICAIS	113
4.3 O MONITORAMENTO DO E-MAIL DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR.....	120
4.4 A SÚMULA 85 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	129
4.4.1 O pagamento apenas do adicional de horas extras	131
4.4.2 A compensação 1x1	136

4.4.3 O acordo tácito e o acordo escrito como autorizadores da compensação	
.....	138
5 CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	150

1 INTRODUÇÃO

A dissertação aborda o tema da possibilidade dos poderes executivo, legislativo e judiciário interferirem nos direitos fundamentais, desenvolvendo-os por meio de concretizações, limitações e restrições, considerando que isso não só é possível, como necessário, pois os direitos fundamentais não são absolutos.

Haveria uma ampla série de fatores que levam ao rechaço de uma visão totalitária dos direitos fundamentais, dentre elas a universalidade e o conjunto dos direitos. De acordo com a universalidade, os direitos fundamentais são atribuídos a todas as pessoas, não sendo possível, então, uma fruição permanente e simultânea sem que haja uma ordenação para coexistência. E, pelo conjunto, significa que os direitos fundamentais estão inseridos num ordenamento complexo e plural e devem ser coordenados com os outros direitos¹. A conjugação desses dois elementos leva à tendência dos direitos fundamentais chocarem-se, o que, por decorrência, leva à necessidade de restrições recíprocas².

Além disso, as normas de direitos fundamentais teriam um caráter bastante genérico e abstrato (baixa densidade normativa), o que as tornaria dependentes do legislador ordinário, que deverá intervir, por meio da concretização e limitação ou

¹ Segundo Konrad Hesse, os direitos fundamentais teriam várias camadas de significado. Eles seriam, por um lado, direitos subjetivos, direitos do particular e, também, garantiriam um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito da vida. Por outro lado, os direitos fundamentais seriam elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Nesse contexto, a tarefa das limitações de direitos fundamentais é de coordenar mutuamente as condições da vida, as garantias dadas pelos direitos fundamentais e outras condições da vida essenciais para a coletividade. Trata-se de uma “*coordenação de direitos de liberdade e outros bens jurídicos*”. A Constituição só efetuará uma pequena parte disso e confiaria ao legislador essa atividade pelas formas de possibilidade de limitação. Isso leva à “(...) produção e conservação de uma conexão de ordem, na qual tanto as liberdades jurídico-fundamentais como aqueles outros bens jurídicos ganham realidade. Na medida em que as determinações, que protegem a ambos, em seu alcance material cruzarem uma a outra, ou colidirem uma com a outra, limitação de direitos fundamentais é, fundamentalmente, *produção de concordância prática*”. HESSE, 1998, p. 228 passim. No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade, para quem a limitação dos direitos fundamentais e o fato de que não seriam absolutos não seria novidade. Segundo ele, “Não o são na sua dimensão subjectiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse, e também porque é inevitável e sistêmica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros. E, podemos dizê-lo, nunca se sustentou que o fossem, já que mesmo na época liberal-individualista se entendia que os direitos fundamentais (cada um dos direitos e os direitos de cada um) tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos” e “Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a Constituição não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-se no conjunto dos valores comunitários”. ANDRADE, 2004, p. 283.

² Cf. PEREIRA, 2006, p. 133-134.

restrição. Por outro lado, ao mesmo tempo em que há essa intervenção, o legislador deverá atuar de modo a preservar ao máximo o direito fundamental afetado³.

Para Luis Aguiar de Luque, há uma série de questões que demonstram a possibilidade de limitar os direitos fundamentais. Ele apresenta três:

- a) primeiro, pela necessidade de articulação dos direitos fundamentais com os direitos dos demais;
- b) segundo, a própria norma constitucional que prevê o direito fundamental pode, em determinadas circunstâncias, estabelecer os limites e isso decorre da unidade interpretativa da Constituição (aqui haveria a tese dos chamados limites intrínsecos);
- c) por fim, a possibilidade e necessidade de se estabelecer limites para além daquele constitucionalmente declarados⁴.

Conforme observa Konrad Hesse, a Constituição não é uma unidade já concluída, regulando somente aquilo que aparece como importante, sendo que todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica. Essas questões seriam deixadas abertas de forma consciente para a livre discussão, decisão e configuração⁵.

Segundo o mesmo autor, por outro lado, os elementos da Constituição dependem um do outro e repercutem uns sobre os outros, sendo que a união e consideração de toda a Constituição levam à configuração concreta da coletividade pela Constituição. O princípio da unidade da Constituição não significa que não haja tensões e contradições, porém, sim, que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e exatamente interpretada se ela for entendida como unidade e que está dirigida mais para ordenação do conjunto do que para demarcação e exclusão⁶. Para Konrad Hesse, o princípio da unidade da Constituição significa que

(...) todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que

³ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 148.

⁴ LUQUE, 1993, p. 09 passim.

⁵ HESSE, 1998, p. 39.

⁶ Ibid., p. 38-39.

se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais⁷.

Rafael Naranjo de la Cruz, além da necessidade de convivência do homem com o conjunto social, fala no princípio da unidade da Constituição. Observa ele que, na atualidade, a categoria dos limites dos direitos fundamentais é considerada como uma conseqüência da unidade da Constituição. A norma constitucional protege direitos e bens que, em abstrato, provocam uma série de colisões. Todavia, é inaceitável, na aplicação do texto, que uma mesma conduta esteja e não esteja protegida definitivamente pela norma constitucional. Os conflitos, então, reclamam uma solução, como se a Constituição não tivesse discrepâncias internas. Por isso, diante da colisão, os direitos envolvidos podem sofrer uma restrição em seu âmbito de extensão máxima, por uma interpretação sistemática da norma constitucional⁸.

Nesse quadro, o parlamento tem o papel de “definir”, por exemplo, até onde vão as variadas liberdades (de expressão, de imprensa, de opinião etc.) ou a propriedade privada. No campo relativo aos direitos fundamentais do trabalhador, por exemplo, em que medida haverá “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (art. 7º, inc. IX, da CF/88) ou a “licença paternidade” (art. 7º, inc. XIX, da CF/88).

Consoante Luiz Fernando Calil de Freitas, embora não haja no Brasil norma específica sobre a temática das restrições⁹, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ser absolutos e são restringíveis ou limitáveis. Escreve:

⁷ HESSE, 1998, p. 60.

⁸ NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 73-74.

⁹ Noutros países, há regramento específico, nas respectivas constituições. Na Alemanha, no artigo 19.1, que prevê: “Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for *restringido* por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. Na Espanha, no artigo 53.1, que prevê: “Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Apenas por lei, que em todo o caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial, *poderá ser regulado* o exercício de tais direitos e liberdades, que serão protegidos de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a)”. Em Portugal, no artigo 18, que prevê: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode *restringir* os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

(...) é amplamente majoritária a consciência, detida mesmo pelo leigo, no sentido de que direitos, sejam eles quais forem, não se devem ter por absolutos nem estão imunes a limitações e restrições. Mais do que isso, é tradição histórica no meio jurídico pátrio a aceitação da validade de normas infraconstitucionais restritivas a direitos fundamentais e do caráter não necessariamente incompatível para com a Constituição Federal das restrições que a eles estabelecem¹⁰.

O conceito de restrição, aliás, seria familiar e não problemático, no sentido de que sua prática seria comum. Entretanto, o problema não estaria nisto, mas “(...) na definição dos possíveis conteúdos e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”¹¹.

A questão é controversa porque a discussão acerca dos limites dos direitos fundamentais passa pelo problema da força vinculante dos enunciados constitucionais, ou seja, pergunta-se quando será admissível limitações em posições subjetivas que foram proclamadas ao máximo nível normativo¹². Como observa Gilmar Ferreira Mendes, a idéia de restrições ou limitações aos direitos fundamentais traria um problema de possibilidade lógica dessas restrições¹³.

Nesse contexto, de acordo com a dogmática de Direito Constitucional, uma restrição a um direito fundamental deverá respeitar alguns critérios, os “limites dos limites”, que são de caráter formal e material, quais sejam, a reserva de lei, o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial, sob pena de inconstitucionalidade. Aparentemente, isso seria tranquilo, caso as restrições fossem possíveis somente nos casos em que a Constituição expressamente restringisse o direito ou autorizasse o legislador a restringir e caso toda intervenção legislativa fosse considerada uma restrição.

Isso, contudo, não é o que ocorre. Há casos, por exemplo, que exigem que o Poder Judiciário ou Legislativo resolva colisões envolvendo direitos fundamentais¹⁴

¹⁰ FREITAS, 2007, p. 16. No mesmo sentido, Wilson Antônio Steinmetz indica que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Por conta disso, no campo da dogmática dos direitos fundamentais, há uma intensa investigação sobre seus limites, o que passa pelas restrições ou limitações legislativas, os limites imanentes, a concorrência acumulativa e a colisão de direitos fundamentais. STEINMETZ, 2001, p. 17 passim.

¹¹ ALEXY, 2008, p. 276.

¹² Cf. LUQUE, 1993, p. 11.

¹³ MENDES, 2004, p. 25.

¹⁴ Para Edilsom Pereira de Farias, por conta dos direitos fundamentais serem heterogêneos, com conteúdo aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si, há freqüente choque entre eles. Por exemplo: saúde pública (art. 6º, da CF/88) e livre locomoção (art. 5º,

e, em se tratando propriamente de colisões, questiona-se quais os critérios que devem ser observados. Por outro lado, há quem rejeite a existência de colisões envolvendo direitos fundamentais.

Além disso, para alguns, quando o legislador intervém num direito fundamental está somente delimitando, concretizando ou revelando limites, o que não significaria propriamente uma restrição¹⁵. O problema é que quando se considera o desenvolvimento como sendo uma concretização ou delimitação, por não serem restrições ou limitações, a princípio, esse desenvolvimento não estaria sujeito àqueles “testes”, os “limites dos limites”.

O fato de que os direitos fundamentais não são absolutos é pacífico, mas isso implica a discussão sobre o seu desenvolvimento, que pode ser pela regulação, concretização, conformação, limitação ou restrição. Além disso, no caso das colisões entre direitos fundamentais, a solução pode significar apenas uma declaração dos limites imanentes, “afastando a existência” de colisões ou, reconhecendo e propondo uma solução propriamente dita, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que pode ser, ou não, acompanhado da ponderação.

Considerando essas questões, há controvérsia entre duas teorias: a interna e a externa. A opção por uma das duas teorias depende da concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais, regra ou princípio e do âmbito de proteção do direito fundamental, amplo ou restrito.

A opção por uma dessas formas ou conceitos implicará significativa mudança metodológica no controle de constitucionalidade desse desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A dissertação pretende tratar de toda essa temática; mas, além disso, pretende-se demonstrar que o Tribunal Superior do Trabalho, embora tenha interferido no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, em quatro casos

XV, da CF/88); patrimônio cultural (art. 216, §1º, da CF/88) e direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF/88). Segundo o mesmo autor, ao legislador, caberá a solução do conflito quando o texto constitucional remete à lei ordinária (reserva de lei na Constituição). No caso de direitos fundamentais não sujeitos à reserva legal, a solução ficaria a cargo do juiz ou tribunal e a solução será tomada no caso concreto e, portanto, em nível individual. FARIAS, 1996, p. 93-94.

¹⁵ Como indica Jorge Reis Novais, seria possível construir inúmeras modalidades de intervenção nos direitos fundamentais, contudo, em termos práticos, é muito difícil encontrar critérios sólidos de distinção. Segundo ele, fala-se em “(...) conformação/concretização/restrrição (BACHOF), determinação ou criação de conteúdo/intervenção restritiva (LERCHE), conformação/delimitação (HABERLE), conformação/concretização/delimitação (HESSE), conformação/restrrição (ALEXY), regulações de conteúdo/regulações neutrais/regulações de tempo, lugar e modo (jurisprudência e doutrina norte-americanas), regulação/desenvolvimento/limitação (jurisprudência e doutrina espanholas)”: NOVAIS, 2003, p. 173.

importantes (estabilidade do dirigente sindical e da empregada gestante, monitoramento do e-mail do empregado e a compensação de horas extras), não observou toda a questão ou dogmática que envolve a matéria.

A dissertação, então, abordará, preliminarmente, a discussão a respeito da estrutura dos direitos fundamentais, concebidos como regras e princípios (2.1) e o âmbito de proteção desses direitos, que pode ser restrito ou amplo (2.2). Superadas as preliminares, abordam-se as teorias sobre a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais: teoria interna (2.3.1) e teoria externa (2.3.2), considerando que a opção por uma ou outra depende das duas questões anteriores. Em seguida, expõe-se uma tipologia sobre a intervenção dos direitos fundamentais, que seriam de quatro tipos, demonstrando a importância do reconhecimento da existência das restrições (2.4) e as “soluções” ou construções que abordam o tema das colisões envolvendo direitos fundamentais: limites imanentes (2.4.1) e as colisões propriamente ditas (2.4.2).

Após a exposição de todas as concepções acerca das possibilidades de restrições dos direitos fundamentais e colisões envolvendo esses direitos, aborda-se o tema dos critérios que devem ser observados para que tais restrições sejam constitucionais, bem como os critérios para a solução das colisões envolvendo direitos fundamentais – os “limites dos limites”: princípios da reserva legal (3.1); princípios da proporcionalidade (3.2), com seus subprincípios: adequação (3.2.1), necessidade (3.2.2) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (3.2.3); e a preservação do conteúdo essencial (3.3).

Finalmente, considerando as restrições e os limites das restrições, chega-se ao objetivo do trabalho que é, considerando a possibilidade das restrições e adotando-se as concepções mais coerentes com a exigência de objetividade e racionalidade no controle dessas restrições, analisar as opções do Tribunal Superior do Trabalho naquelas quatro situações: a estabilidade provisória da empregada gestante (4.1); a estabilidade do dirigente sindical (4.2); a decisão envolvendo o conflito entre os direitos fundamentais de propriedade e de privacidade, do empregador e do empregado, respectivamente, no caso do monitoramento do e-mails deste no ambiente e horário de trabalho (4.3); e, por fim, a Súmula 85 do TST, que se refere à jornada de trabalho, pagamento de horas extras e compensação (4.4).

Com isso, pretende-se demonstrar que o Tribunal Superior do Trabalho não está suficientemente atento às questões e à dogmática que envolvem o tema das restrições aos direitos fundamentais e as colisões em relação a tais direitos.

2 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 SOBRE A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de se adentrar, propriamente, nas concepções a respeito da possibilidade das restrições, conforme apontam as teorias interna e externa, há necessidade de uma abordagem sobre a estrutura dos direitos fundamentais, questionando se eles possuem a estrutura de regras, a estrutura de princípio ou uma estrutura mista, podendo ser regras ou princípios¹⁶.

Segundo Martin Borowski, a distinção entre regras e princípios pode ajudar na solução dos problemas da dogmática dos direitos fundamentais e tem com o tema da restrição uma clara relação¹⁷. No mesmo sentido escreve Robert Alexy, para quem a distinção entre regras e princípios

(...) é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre as colisões (...)¹⁸.

Ocorre que se uma norma é tida como regra, necessariamente será não limitável. Se ela é tida como princípio, ela será necessariamente limitável. Se um direito é garantido por uma regra, ele estará garantido por uma norma não suscetível de ponderação. Quando se fala de regras, então, não existiriam colisões, havendo um conteúdo plenamente determinado. Pelo contrário, se os direitos estão garantidos mediante princípios, eles são limitáveis e as normas que restringem a realização de um princípio são restrições¹⁹.

¹⁶ Cf. ALEXY, 2008, p. 85 et. seq. Ver também BOROWSKI, 2003, p. 47 et. seq. NOVAIS, 2003, p. 121 et. seq.

¹⁷ BOROWSKI, 2000, p. 41.

¹⁸ ALEXY, op. cit., p. 85. No mesmo sentido, CANOTILHO, 2003, p. 1255.

¹⁹ Cf. BOROWSKI, op. cit., p. 42. Segundo o autor, “La restricción consiste em que algo, ordenado *prima facie* por el principio, no vale definitivamente”. Essa restrição pode ser realizada mediante regras e princípios. Veja-se que, a regra restritiva deve sempre estar amparada por um princípio fundamental. É o que escreve o autor, “En todo caso de restricción de un derecho fundamental por vía de una regla legal, éste tiene que estar sustentada por principios constitucionales. Esto explica igualmente cómo es posible la restricción de derechos fundamentales mediante leyes. Si la restricción de un derecho fundamental radicara en la ley, no podría ella nunca ser eficaz. Las libertades

No mesmo sentido, Luis Prieto Sanchís, para quem o núcleo dessa discussão reside em como são tratadas as ações do poder, as leis: como limites ou como delimitações. O autor escreve:

El limite se configura así como externo al derecho y éste, a su vez, adopta una doble fisonomía: antes de la ponderación presenta un carácter abierto, potencial o *prima facie* y sólo después de la ponderación se transforma en cerrado, real o definitivo del derecho será coincidente con el atribuido *prima facie*; si, en cambio, la ley y, por tanto, el límite se acredita como justificado, el contenido definitivo será más reducido que el aparente o *prima facie*. Por el contrario, si pensamos en términos de *delimitación*, los derechos ya no operan como principios sino como tipos normativos cerrados desde el enunciado constitucional, de manera que las normas reguladoras ya no son consideradas como *límites* externos, sino como concreciones o especificaciones del derecho constitucionalmente acuñado, con la importante consecuencia de que ya no requieren ponderación alguna, pues se mueven *fuera* de lo que es el derecho en sí. Aquí no procede hablar de derechos *prima facie* y derechos definitivos; son todos definitivos²⁰.

A principal distinção entre regras e princípios, para os fins perseguidos nessa dissertação, é a distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie* e a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização²¹.

As regras são garantias de direitos (ou imposição de deveres) definitivos; já os princípios garantem direitos *prima facie*. Isso quer dizer que se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de regras, ele será definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável e não haja uma exceção. No caso dos princípios, não se fala numa realização sempre total. Em geral, a realização será parcial, porque há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente²².

Por serem comandos definitivos as regras exigem uma realização completa, o que não acontece com os princípios. As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não-satisfeitas. Se uma regra vale, deve-se fazer exatamente o que ela exige. Ao contrário, como mandamentos de otimização, os princípios exigem que

fundamentales son aseguradas por normas constitucionales. Una restricción mediante normas legales de inferior jerarquía dentro de la pirámide del ordenamiento jurídico, vulneraría el principio de primacía de la Constitución. Pero si la restricción se funda materialmente en los principios constitucionales que la sustentan, se presenta formalmente una colisión de normas de igual jerarquía que puede ser resuelta mediante ponderación”.

²⁰ PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 221.

²¹ Cf. SILVA, 2006, p. 27. Sobre essa distinção e outras, entre, princípios e regras, ver: ÁVILA, 2001, p. 05 et. seq. BARCELLOS, 2008, p. 70-83. BONAVIDES, 2008, p. 255 et. seq. SARMENTO, 2001, p. 50 et. seq. PEREIRA, 2006, p. 99 et. seq. DWORKIN, 2002, p. 35 et. seq. TORRES, 2002, p. 424-425.

²² Cf. SILVA, loc. cit.. Ver também, ALEXY, 2008, p. 104.

algo seja feito na maior medida do possível, ou seja, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A realização pretendida é a máxima, mas isso só pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais. A dificuldade estaria no fato de que dificilmente um princípio não encontrará barreira na proteção de outro princípio ou de outros princípios²³.

Considerando essa diferenciação, num modelo puro de regras, as normas de direito fundamental devem ser entendidas como comandos absolutos e incondicionais e isso impediria a ponderação (que inclusive é criticada) e os direitos fundamentais seriam direitos irrestringíveis. Nesse modelo, as colisões são solucionadas de 3 formas:

- a) pela invalidade de pelo menos uma das normas;
- b) uma delas seria não aplicável ao caso;
- c) constrói-se uma exceção²⁴.

Para Robert Alexy, as referidas soluções devem ser rejeitadas. A primeira com base na hierarquia constitucional e na idéia de que a constituição deve ser levada a sério. A segunda tem o problema de que o caminho é a interpretação. A ponderação, que seria o método aplicável, contudo, deve ser feita de forma aberta e não leva a uma compreensão estrita do âmbito de proteção, visando à não aplicação de uma norma. Por fim, a terceira, baseada na exceção, levaria a uma concepção bizarra, porque cada direito fundamental seria cercado de uma série de exceções e isso não seria uma exceção. Ainda, uma intervenção que ocorre por lei não poderia ser admitida, sob pena de uma série de abusos²⁵.

O modelo puro de princípios, por sua vez, não levaria a sério a Constituição, desconsiderando que as disposições constitucionais são diferentes, com graus de densidade e abertura diversos²⁶. Esse modelo ligava-se à idéia de que os direitos fundamentais seriam meros comandos programáticos. Atualmente, ele vincula-se à idéia de que os direitos fundamentais podem, em qualquer caso, ser submetidos à ponderação, sendo regras apenas os resultados dessa ponderação. O problema,

²³ Cf. SILVA, 2006, p. 27. Ver também, ALEXY, 2008, p. 90-91.

²⁴ Cf. ALEXY, 1999, p. 75.

²⁵ Ibid., p. 75-77. Sobre outras objeções ao modelo puro de regras, considerando a existência de direitos fundamentais garantidos sem reserva, de direitos fundamentais com reserva simples e direitos fundamentais com reserva qualificada. Ver, do mesmo autor, Id., 2008, p. 123-132.

²⁶ Cf. Ibid., p. 121-123.

aqui, é que se estabelece uma flexibilidade excessiva na aplicação dos direitos fundamentais, além do que se desconsidera o grau de densidade e abertura variáveis das Constituições²⁷.

Por fim, como não se pode adotar um modelo puro de regras ou um modelo puro de princípios, recorre-se a um modelo misto, com regras e princípios. Esse modelo seria o mais adequado, porque considera as diferentes disposições constitucionais e é mais apto para a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais²⁸. No mesmo sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira, para quem, inclusive, esse seria o modelo “(...) mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuídos na Constituição de 1988”²⁹.

Como observa Martin Borowski, o modelo que concebe os direitos fundamentais como regras e também como princípios sofre uma série de objeções. Nenhuma delas seria correta³⁰.

A primeira objeção seria que os direitos fundamentais entendidos como princípios poderiam levar a uma moralização desmedida do direito constitucional. Isso seria infundado, especialmente porque os princípios jurídico-fundamentais são normas jurídicas e têm todos os critérios de validade próprios do ordenamento jurídico. Caso contrário, não seriam direito vigente³¹.

A segunda objeção refere-se à inexistência da racionalidade da ponderação, em especial porque permitiria chegar-se a diversos resultados sobre o peso e grau

²⁷ Cf. PEREIRA, 2006, p. 126-127.

²⁸ Cf. ALEXY, 2008, p. 136 et. seq.

²⁹ A autora também escreve que: “(...) por exemplo, a Constituição estabelece comando de igualdade com graus de concreção diversos. A isonomia é versada de forma bem aberta no Preâmbulo, e em termos um pouco mais precisos no artigo 5º, inciso I. O texto constitucional enuncia, ainda, diversas concretizações do cânone isonômico, aludindo à igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo e avulsos (art. 7º, XXXIX), determinando a igualdade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I), definindo que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §5º) e estabelecendo que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. PEREIRA, loc. cit. Além disso, como indica Daniel Sarmiento, “(...) a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que normalmente as cartas constitucionais valem-se destas duas espécies de normas. (...) a adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios, carrearía ao ordenamento um 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. De outra banda, a instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre regras, não dará conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhe a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes”. SARMENTO, 2001, p 54.

³⁰ BOROWSKI, 2000, p. 44-49.

³¹ Cf. Ibid., p. 44-45.

de afetação de um princípio, bem como sobre o grau de precedência. Isso, contudo, não seria decorrente da ponderação, mas de todo procedimento decisório de perguntas. A ponderação, no entanto, seria o melhor procedimento³².

A terceira objeção afirma que, se a restrição dos direitos fundamentais está baseada exclusivamente em princípios constitucionais, a atividade legislativa democraticamente legitimada seria mera execução da Constituição. Aqui, o processo democrático perderia seu significado. Entretanto, segundo o autor, a ponderação tem em conta um princípio adicional, ou seja, deve-se seguir as decisões do Legislador democraticamente legitimado. Haveria um âmbito de discricionariedade do Legislador, dentro do qual seria livre. Fora do referido âmbito, o legislador estaria sujeito à Constituição. Assim, o resultado da ponderação não poderia vulnerar o princípio democrático³³.

A quarta objeção considera que haveria uma vinculação demasiadamente fraca do legislador. Todavia, os direitos fundamentais como princípios não são “enunciados programáticos”, ou seja, normas não vinculantes para o legislador. Há sim uma vinculação geral de todo poder político aos direitos fundamentais³⁴.

Por fim, a quinta objeção refere-se à impossibilidade de atingimento do bem comum. Isso porque a interpretação dos direitos fundamentais como princípios, levaria à concepção de que o reconhecimento do princípio de liberdade negativa tornaria impraticáveis as medidas para o bem comum. Contudo, a teoria dos direitos limitáveis não implica uma preferência ou necessária predominância de determinados princípios³⁵.

³² Cf. BOROWSKI, 2000, p. 46-47.

³³ Cf. Ibid., p. 47-48. Por isso, quando se tratar da ponderação, será apresentado como um dos critérios, a prevalência das regras sobre os princípios.

³⁴ Cf. Ibid., p. 48-49.

³⁵ Cf. Ibid., p. 49-50. Outras três objeções são relatadas por Robert Alexy: 1- afirma-se que há colisões, entre princípios, que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles; 2- existem princípios absolutos, que não podem ceder por uma ponderação; 3- o conceito de princípio é muito amplo. Das três, a que parece mais relevante é a segunda. Segundo Robert Alexy, não há princípios absolutos, mas princípios fracos e princípios extremamente fortes. Se houvesse um princípio absoluto, as normas de direitos fundamentais não poderiam estabelecer limites a ele. Além disso, se o princípio absoluto garante direitos, há situações em que os direitos de cada indivíduo, fundamentados por esses princípios, teriam que ceder em favor dos direitos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Disso tem-se que, ou os princípios absolutos não são compatíveis ou os direitos individuais não podem ser garantidos a mais de um direito. Por exemplo, o princípio da dignidade humana. Esse princípio desperta a impressão de um caráter absoluto, mas não é. Essa impressão decorre do fato de que a dignidade humana também pode se tratar como regra, além de princípio e do fato de existir um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza para esse princípio. O autor escreve: “O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-

A importância de todo o tema e da discussão sobre regras e princípios no campo das restrições e limites importa porque “(...) entender os direitos como regra leva a concebê-los como comandos absolutos, insuscetíveis de serem restringidos, enquanto o modelo de princípios conduz à concepção de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição”³⁶.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva, segundo quem e tratando da discussão que vem à frente, se os limites de cada direito, para a teoria interna, são algo interno dele, ou seja, os limites são imanentes e se o conteúdo e a extensão do direito não dependem de fatores externos e não sofrem influência de possíveis colisões, em termos de estrutura normativa, os direitos fundamentais são regras. Já a teoria externa, por outro lado, tem uma relação íntima com os princípios. Este autor escreve:

Um princípio, compreendido como mandamentos de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria idéia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringido por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe³⁷.

O ponto fundamental, para efeitos dessa dissertação, é que a concepção de um modelo misto, de regras e princípios, porque leva à concepção da teoria externa acerca das restrições, apresenta a melhor metodologia para o controle das restrições aos direitos fundamentais³⁸, como ficará claro.

constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana”. ALEXY, 2008, p. 110-116.

³⁶ PEREIRA, 2006, p. 127. No mesmo sentido, MORAES, 2000, p. 60. ALEXY, 2008, p. 278. MENDES, 2004, p. 26. Dentre outros.

³⁷ SILVA, 2006, p. 37 passim. Corroborando a observação anterior, tem-se Jorge Reis Novais, que acrescenta que a inovação da concepção estaria nas conseqüências dogmáticas no domínio da teoria dos limites aos direitos fundamentais. Como as normas constitucionais também podem ter a natureza de princípios, os direitos nelas sustentados só se convertem em direitos definitivos após a ponderação com princípios opostos. Até aí, os princípios são apenas direitos “*prima facie*”. A própria natureza das normas de direitos fundamentais, enquanto princípios, fundamenta a cedência, a restrição, a conversão de um direito “*prima facie*” em não-direito definitivo, como resultado de ponderação com princípios opostos. O autor acrescenta também que essa ponderação vem associada a uma teoria da argumentação e fundamentação jurídica e que as teorias anteriores teriam um modelo de regras. NOVAIS, 2003, p. 322-353.

³⁸ Cf. indica SILVA, 2006, p. 49.

2.2 O SUPORTE FÁTICO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO OU EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A área de proteção de um direito fundamental é a extensão de proteção que um direito fundamental atinge. Aqui, distinguem-se dois conceitos e isso dependerá da concepção que se tem do suporte fático: a área de proteção e a área de proteção efetiva.

Conforme indica José Joaquim Gomes Canotilho,

O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas, nesse âmbito, podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada é ilícita³⁹.

Ocorre que se se partirem das premissas da chamada teoria interna: direitos fundamentais como regras e suporte fático restrito, o âmbito de garantia e o âmbito de proteção definitivo são o mesmo. Por outro lado, quando se parte das premissas da teoria externa: normas de direitos fundamentais como regras e princípios e suporte fático amplo, o âmbito de garantia e o âmbito de garantia efetivo não são a mesma coisa. A metódica para definição dos âmbitos seria a seguinte:

(1) em primeiro lugar, analisa-se se existe uma intervenção restritiva dos poderes públicos ou de sujeitos privados no âmbito de protecção de um direito (...); (2) em segundo lugar, investiga-se se a intervenção restritiva obedece às exigências formais e matérias legitimadoras da intervenção restritiva (ex.: fundamento legal, direito concorrente, proporcionalidade da intervenção) (...). Se partimos das premissas da chamada *teoria externa*, o âmbito da garantia efectivo é o âmbito de protecção definitivo depois de estabelecidas as restrições. Se elegermos a *teoria interna*, o âmbito de garantia efectivo é o que resulta de um cuidadoso recorte dos limites que *a priori* (limites imanentes) subtraem ao âmbito de protecção de determinadas acções, posições, comportamentos. O problema está em que, nos casos de colisões entre direitos, não é fácil delimitar o âmbito de protecção e o âmbito

³⁹ CANOTILHO, 2008, p. 199-200. Segundo o mesmo autor, “As normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados ‘bens’ ou domínios existenciais’ (ex.: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística). Estes ‘âmbitos’ ou ‘domínios’ protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: ‘âmbito de protecção’ (‘*Schutzbereich*’), ‘domínio normativo’ (‘*Normbereich*’), ‘pressupostos de facto dos direitos fundamentais’ (‘*Grundrechtstatbestände*’). Id., 2003, p. 1262.

de garantia efectiva, pela simples razão de que a intervenção restritiva surge associada ao próprio exercício de um direito⁴⁰.

Nesse contexto, segundo Rafael Naranjo de la Cruz, somente com a definição clara do âmbito máximo de extensão do direito fundamental permite chegar-se à noção do conflito entre bens e direitos reconhecidos na Constituição. Por outro lado, uma definição do âmbito delimitado pelo direito fundamental em termos amplos pode levar ao aumento de hipóteses de colisão. Isso porque quanto maior o alcance do direito fundamental, maior as possibilidades de conflito⁴¹.

Daí o debate sobre a amplitude do âmbito de proteção.

Friedrich Müller, considerando o que denomina de Teoria Estruturante do Direito⁴², apresenta uma teoria que teria esse objetivo, ou seja, delimitar corretamente o âmbito de proteção do direito fundamental. Este autor, por meio do que entende ser uma adequada delimitação dos direitos fundamentais, consideraria que seriam excluídas as hipóteses de colisão que são conflitos aparentes. Somente quando uma situação aparentemente conflitiva não puder ser resolvida mediante a determinação do alcance do direito fundamental, recorre-se ao princípio de concordância prática, que seria preferível à ponderação⁴³.

Na determinação do alcance do direito fundamental, intervém o texto da norma e a realidade, que levariam ao âmbito normativo. Os âmbitos normativos participam na normatividade prática e vice-versa, como elementos co-determinantes. Onde o alcance material do âmbito normativo termina ou onde é limitado, finaliza seu

⁴⁰ CANOTILHO, 2008, p. 199-200.

⁴¹ NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 55.

⁴² Para Friedrich Müller, somente com a interpretação e aplicação do direito podem ser obtidas as normas, ou seja, desde o âmbito da realidade que se regula. Para ele, as normas e os fatos não podem ser considerados de forma separada, sendo que a relação entre o Direito e a realidade deve ser feita em função dos casos concretos, a partir da concreção hermenêutica ou legal. O dualismo entre a norma e a realidade é substituído pela norma que integra a realidade. Nessa estrutura, há vários elementos, sendo os mais característicos: âmbito normativo e o programa normativo. Segundo essa estrutura, a indeterminação dos direitos fundamentais implica que eles não podem ser esgotados no texto da norma. Eles devem ser concretados em relação ao caso concreto. A norma, então, não é identificada com o texto normativo, sendo mais ampla que o texto. Com isso, Müller procura, buscando superar as concepções puramente formalistas, uma norma que leve em conta a realidade, ou seja, através do âmbito normativo. O programa normativo é o texto que se relaciona com o âmbito normativo, ou seja, o setor da realidade. O âmbito normativo deve ser entendido como o suposto de fato material. A norma determinada materialmente estará constituída, então, pela conexão de elementos estruturais do programa normativo e determinados desde a realidade social. Os direitos fundamentais são, então, garantias configuradas materialmente, através da sua regulação constitucional desde o programa normativo até o âmbito normativo. Cf. GAVARA DE CARA, 1994, p. 107-108. Sobre a Teoria Estruturante da Norma, ver MULLER, 1989, p. 111-126; e Id., 2003, p. 315-327.

⁴³ NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 56.

conteúdo de validade. O critério básico para determinar o alcance do direito fundamental seria a *especificidade*. Um direito fundamental será lesionado se houver incidência sobre o protegido especificamente por ele. O ponto chave, portanto, nessa teoria, seria o que seja o exercício específico de um direito fundamental. Uma forma de exercício não será específica quando se pode demonstrar que lhe falta a conexão material com a estrutura do âmbito normativo. O decisivo seria o estruturalmente essencial, necessário para o âmbito normativo inscrito objetivamente. Para Müller, se as possibilidades específicas ficarem abertas para trocas não se limita nada específico. A isso seriam unidos outros critérios como a forma típica de manifestação de um direito ou critérios históricos, políticos, jurídicos que foram garantidos⁴⁴.

Para Rafael Naranjo de la Cruz, Müller acertaria porque demonstraria a importância da correta percepção do que seja o alcance do direito fundamental, no sentido de que determinadas hipóteses deixam de ter o caráter de restrição. Todavia, ele não concorda com as conclusões, porque haveria um estreitamento injustificado do alcance do direito fundamental. Além disso, os critérios para definir o que seja específico de um direito fundamental, para determinar a delimitação, na verdade, realizam uma restrição “disfarçada”, sem a necessidade de submissão ao mecanismo de garantia e controle aplicáveis aos limites. Para Naranjo de la Cruz, então, não se evita um conflito entre bens e direitos constitucionais, apenas eles são dissimulados e isso aumentaria a carga de subjetividade⁴⁵.

Juan Carlos Gavara de Cara observa que Müller não procura determinar até que ponto pode ser limitado um direito fundamental, mas que se pode desenvolver o conteúdo de um direito fundamental, que deve ser determinado a partir das formas típicas desse direito, ou seja, a especificidade já referida. Juan Carlos Gavara de

⁴⁴ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 55-58.. Segundo ALEXY, 2008, p. 313, “O que Müller quer dizer com isso pode ser percebido por meio de seus exemplos. Especialmente instrutivo é o caso do pintor que pinta em um cruzamento viário movimentado. A solução proposta por Muller é a seguinte: pintar, enquanto tal, é protegido pelo art. 5º, §3º, I, da Constituição alemã; o aspecto ‘pintar em um cruzamento viário’ não é, contudo, protegido. Por conseguinte, uma lei que proíba o pintar em um cruzamento viário não estreitaria qualquer ‘forma de ação específica protegida pelo direito fundamental’, ela não restringiria qualquer ‘possibilidade específica de ação’ do âmbito normativo. Essa lei seria dirigida ‘contra uma ação inserida nos arredores da liberdade artística (...), mas que não pertence a seu âmbito normativo’. Uma tal lei não representaria ou possibilitaria, portanto, uma intervenção e não seria necessária, por isso, qualquer reserva legal. O mesmo valeria ‘para uma proibição de pregação ou uma proibição de expressão de opinião política no cruzamento viário já reiteradamente mencionado’ ou para um ‘músico que à noite, na rua ou em um apartamento com paredes finas, improvisa suas composições para trombone”.

⁴⁵ NARANJO DE LA CRUZ, loc. cit.

Cara afirma, entretanto, que, com Muller, a delimitação das ações protegidas, dependentes dos conceitos de âmbito de garantia, âmbito de proteção, âmbito normativo e alcance de um direito fundamental, significa uma derivação da qualidade deles. Tenta-se, a partir do âmbito técnico-jurídico, indicar que as ações do titular do direito fundamental têm limite no âmbito material e pessoal do direito fundamental. Ocorre que o exame dos critérios para a determinação desse âmbito normativo implica derivações imanentes, ou seja, internas e não escritas do próprio direito fundamental⁴⁶.

Robert Alexy rejeita a tese apresentada por Müller e apresenta uma tese ampla do suporte fático, que segundo ele, “(...) é uma teoria que inclui do âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”⁴⁷.

Segundo Robert Alexy, as teorias restritas do suporte fático não excluiriam da proteção do direito fundamental um jogo de razões e contra-razões, ou seja, a necessidade e o resultado de uma ponderação. A teoria ampla, pelo contrário, colocaria no âmbito protegido tudo aquilo em favor de cuja proteção fala o respectivo princípio fundamental. E, mesmo que essa amplitude implique um aumento da ponderação, isso não seria ruim. Ocorre que a teoria ampla conduz a um modelo de dois âmbitos: um de casos potenciais e um de casos reais. Nesta concepção, um caso pode sair do âmbito da dúvida, de um potencial direito fundamental para não ser mais duvidoso e transformar-se mediante uma decisão, argumentação e ou práxis, num caso real⁴⁸.

Com essa teoria, Robert Alexy pretende, o que não ocorreria com uma concepção estreita da hipótese fática, que algum caso possa transformar-se num caso real de direito fundamental. A vantagem da teoria estaria justamente nisso, ou seja, viria associada a um eficaz sistema de controle da atuação dos poderes constituídos e da coerência lógica, dando uma explicação fundada e operativa para as restrições⁴⁹.

Luis Prieto Sanchís concorda com a proposta do suporte fático amplo, nos moldes postos anteriormente. Para ele, como há uma indeterminação do Direito, ou seja, “zonas de penumbra”, não haveria critério seguro para permitir discernir

⁴⁶ GAVARA DE CARA, 1994, p. 107 passim.

⁴⁷ ALEXY, 2008, p. 322.

⁴⁸ Ibid., p. 322 et. seq.

⁴⁹ Ibid., p. 322-329.

quando uma obrigação jurídica representa um limite ao direito e quando é uma interferência na mera liberdade natural. Para o autor, a única resposta satisfatória nesse campo leva aos caminhos da ponderação e a tese de Alexy sobre o suporte fático. Ele escreve: “Estas consideraciones hablan en favor de una teoría amplia del supuesto de hecho como la planteada por Alexy, que supone una interpretación amplia de los enunciados relativos a derechos, (...)”⁵⁰.

Rafael Naranjo de la Cruz discorda da amplitude apresentada por Robert Alexy, mas reconhece que a delimitação do direito fundamental deve ser ampla. Para o autor espanhol, quando são utilizados termos abertos, não se pretende fixar as noções no momento de promulgação das Constituições, mas deixar a possibilidade do desenvolvimento progressivo da vida social. Uma interpretação ampla, nesse contexto, favoreceria a própria estabilidade da Constituição. Para ele

Una interpretación reductora del ámbito de delimitación del derecho fundamental presenta la aparente ventaja de evitar potenciales conflictos entre los distintos bienes o derechos constitucionales. Sin embargo, esta consecuencia no debe ser valorada positivamente. En realidad, de esta forma no se evita el conflicto, sino más bien se disimula, con lo que ello implica de mayor libertad del intérprete de cara a su resolución, al cubrir con el manto de ficticia objetividad lo que no es sino fruto de una valoración relativa de bienes enfrentados. Se evita de este modo la argumentación requerida para una tal valoración, impidiendo, además, el control de la decisión⁵¹.

José Carlos Vieira de Andrade também rejeita expressamente a tese ampla do suporte fático. Segundo ele, na construção de Robert Alexy, a limitação toma um sentido muito amplo, que consome a colisão de direitos ou de direitos e valores. Para ele, há boas razões para proceder a uma delimitação substancial do âmbito normativo por interpretações. José Carlos de Vieira de Andrade, então, na busca do suporte fático, recorre ao que denomina de limites imanentes. Embora rejeite um modelo pré-formativo (teoria interna), conforme ele, deve-se admitir um interpretação do âmbito de proteção, que exclua os conteúdos que possam considerar de plano constitucionalmente inadmissíveis. Para o autor,

Essa delimitação substancial justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente: não tem sentido fazer uma ponderação, que pressupõe a consideração de dois valores, quando

⁵⁰ PRIETO SANCHIS, 2003, p. 247.

⁵¹ NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 61.

estamos perante um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se constitucionalmente protegido, pois que, não existindo à partida um dos direitos, a solução só pode ser a da afirmação total do outro⁵².

Aparentemente, os autores brasileiros aproximam-se da concepção proposta por José Vieira de Andrade, preferindo falar em limites imanentes, para uma delimitação do suporte fático⁵³.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva defende o modelo do suporte fático amplo. Para ele, esse modelo, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como um potencial ou real restrição, traz muitos benefícios. Esse modelo colocaria o problema às claras, no sentido de que os direitos fundamentais são restringíveis e fazendo isso impõe um ônus argumentativo àquele que implementa a restrição. Esse ônus da argumentação, por outro lado, não está presente nos modelos que “rejeitam” as restrições, os quais utilizariam de modelos que apenas encobrem os limites, como é o caso das regulamentações, delimitações, concretizações etc. e dos limites imanentes. Para o autor, no caso do suporte fático restrito, algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção, são consideradas não garantidas⁵⁴.

⁵² Para esse mesmo autor, a interpretação restritiva justifica-se ainda para assegurar plenamente o núcleo essencial, reforçando a dignidade da pessoa humana e os valores comunitários básicos. Os perigos das teorias principiológicas seria enfraquecer axiologicamente o sistema, porque ao falar em imperativos de otimização é como se não houvesse valores intocáveis. Para Andrade (2004, p. 287-291), então, a lei restritiva, porque categoria autônoma, somente é possível nos casos em que seja expressamente prevista pelos preceitos constitucionais. A limitação fora dessas hipóteses deve ser outra coisa. Considerando isso, os critérios de limitação são diferentes: o legislador, na restrição, opera por meio da proporcionalidade e ponderação; na resolução abstrata, pauta-se por critério de harmonização. O grau de fiscalização também será diferente: no primeiro, como há autorização constitucional (restrição) o legislador tem um certo espaço próprio de avaliação e de decisão; no caso de uma situação abstrata de colisão, porque mera interpretação, a limitação está sujeita naturalmente a um reexame judicial.

⁵³ Conforme restará demonstrado no tópico 2.4.1 – limites imanentes.

⁵⁴ O autor aponta como exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os seguintes: “(...) quando o Min. Celso de Mello afirma, no HC 70.814, que ‘a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas’, ou quando o Min. Maurício Corrêa sustenta, no HC 82.424, que ‘um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra honra’, (...)”. Nesse casos, há exclusão de condutas *a priori* do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais (art. 5º, XII e IV). Isso nem sempre é tão simples. Por exemplo, “Quando o Min. Sepúlveda Pertence afirma que o sigilo bancário não é garantido pela ‘intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal’ (...)”, ele estaria excluindo uma conduta do âmbito de proteção. A consequência, contudo, aqui, não é pequena, porque, de acordo com ela, não importa a proteção que a lei ordinária criou e que poderá abolir quando quiser, sendo que, para isso, não precisará fundamentar. Isso porque “(...) se o sigilo não é protegido pelo direito à privacidade – ou por qualquer outra norma de direito fundamental –, isso significa que intervenções nesse sigilo, ou a sua total abolição, são questões meramente legais e

Considerando o exposto e como a intenção é testar algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho e demonstrar que passam longe das discussões acerca da restrição do direitos fundamentais do trabalhador, embora o façam, é mais apropriada a adoção de uma concepção do suporte fático amplo, bem como de uma concepção mista dos direitos fundamentais, como regras e princípios.

Adianta-se, por exemplo que, no caso do monitoramento do e-mail do empregado, no local e horário de trabalho, pelo empregador, há duas possibilidades: a- ou o direito fundamental de privacidade contempla o e-mail do empregado nessas circunstâncias e, neste caso, há um conflito entre o direito de propriedade do empregador e direito de privacidade do empregado; ou b- afirma-se que o direito de privacidade não comporta essa situação e como não há direito fundamental, não há conflito e o empregador pode fazer o que quiser, em nome do direito de propriedade e considerando os contornos desta. Restará demonstrado, contudo, os problemas e conseqüências que uma opção limitadora do direito de privacidade, neste caso, com base no direito de propriedade, pode trazer.

2.3 TEORIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES

2.3.1 Teoria interna

A teoria interna pressupõe a não-limitação dos direitos fundamentais, ou seja, a idéia de restrições ou limitações externas aos direitos fundamentais é inadmissível. Os direitos fundamentais, cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição (reserva legal), não podem ser objeto de limitações legislativas, mas apenas de delimitações, que revelam o conteúdo normativo constitucionalmente previsto⁵⁵.

Consoante observa Jorge Reis Novais, os limites, na teoria interna, não são externos (diferenciando da teoria externa), mais sim concretizações, no sentido de

excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade". Nesse contexto, não há que se falar em restrição. SILVA, 2006, p. 25 passim.

⁵⁵ Cf. PEREIRA, 2006, p. 140.

que as fronteiras são reveladas a partir de dentro do direito, ou seja, limites imanentes aos direitos fundamentais. Não há, então, a figura de uma restrição legítima. No exterior das fronteiras, não há direito fundamental. Em contrapartida, no interior, dentro dos limites demarcados, qualquer intervenção é lesão. Daí, a denominação teoria interna. Como escreve este autor: “A legislação feita com base nas reservas não trataria, com efeito, de constituir limites, mas de interpretar ou revelar as fronteiras do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais”⁵⁶.

Para Friedrich Klein, não está correto o uso do termo restrições no campo dos direitos fundamentais. Conforme observa Robert Alexy,

Klein opõe-se à concepção, ‘associada ao termo ‘restrição’ a direitos fundamentais (...) a partir de uma perspectiva superficial ‘naturalista’, segundo a qual ‘os direitos fundamentais – enquanto algo permanente por força de sua pré-estabilidade ou por força de sua garantia jurídico-constitucional – seriam restringidos (relativizados)’. Uma ‘tal relação entre o estabelecimento e a restringibilidade de disposições de direitos fundamentais’ não poderia existir ‘nos termos da lei da lógica pura’, ‘de acordo com a lógica pura [não haveria] restrições das disposições de direitos fundamentais, mas apenas definições dessas disposições’⁵⁷.

De acordo com Konrad Hesse, “Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim podem os limites dessas garantias encontrar sua *base somente na Constituição*.” Para ele, então, por conta da importância dos direitos fundamentais, a limitação desses direitos deve estar na Constituição escrita. A limitação não é possível por uma cláusula geral, apenas por reserva individuais, sendo que os limites serão apenas revelados, conforme as previsões da própria Constituição⁵⁸. Este autor escreve:

Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada –, ‘realidade’, que é o objeto da garantia, (...). Em segundo lugar, pode ele ser uma questão da restrição por ordens normativas adicionais eventuais que estão contidas na garantia do direito fundamental mesma (...). Esse *limites imanentes aos direitos fundamentais* devem ser determinados por interpretação; eles são, muitas vezes, objeto da organização do direito fundamental pelo legislador⁵⁹.

Ainda,

⁵⁶ NOVAIS, 2003, p. 313-314.

⁵⁷ ALEXY, 2008, p. 276-277.

⁵⁸ HESSE, 1998, p. 250.

⁵⁹ Ibid., p. 251.

A questão sobre o alcance de um direito fundamental torna necessária, por conseguinte, uma análise cuidadosa do ‘âmbito da norma’, uma tarefa que frequentemente é não-compreendida e, a favor da questão sobre outros limites, precipitadamente descuidada. Muitas vezes, entretanto, problemas de direitos fundamentais já se deixam resolver sobre a base de uma tal análise e então é errôneo colocar a questão, se um direito fundamental está limitado, sob outros pontos de vista” e “Na medida em que o legislador normaliza os limites, traçados pela Constituição, da liberdade jurídico-fundamental em leis ordinárias, ele mesmo não limita essas liberdades; ele comprova só declaratoriamente limites já traçados⁶⁰.

Em sentido semelhante aos anteriores, mas referindo-se ao artigo 53.1, da Constituição da Espanha, que prevê que “somente por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá *regular-se o exercício*” dos direitos e liberdades, Ignacio de Otto y Pardo questiona o que seria essa atividade de regulação. Como regular não é o único modo que as normas podem incidir sobre os direitos fundamentais, caberia, aqui, a discussão clássica da divisão sobre as reservas:

- a) se se referem ao simples exercício;
- b) se é uma limitação desde fora de um direito;
- c) se é uma configuração ou delimitação do direito.

Definida qual é a atividade a que se refere o artigo, determinará o limite para a atividade legislativa sobre direitos fundamentais⁶¹.

A regulação do exercício, contida no art. 53.1, seria entendida, por alguns, como habilitação do legislador para limitar os direitos fundamentais e liberdades públicas. Logo, nessa concepção, os direitos fundamentais não estariam submetidos apenas aos limites expressos nas normas constitucionais, mas também àqueles que forem justificados na proteção dos direitos e bens constitucionais, ou seja, a uma limitação genérica estabelecida de forma tácita. Por conta desse entendimento, entraria em cena a ponderação, que não seria uma boa alternativa, porque não se sabem quais são os bens “contrapostos” (por conta da indeterminação desse conceito) e quais são as regras de ponderação⁶².

⁶⁰ HESSE, 1998, p. 251.

⁶¹ OTTO Y PARDO, 1988, p. 103-104.

⁶² Cf. Ibid., p. 107-111.

Para o autor espanhol, a relação de bens, valores e pesos deveria resultar da própria Constituição de maneira expressa. Se não for assim, a decisão deve ser em favor de um ou outro com base na ponderação e isso levaria a insegurança e juízos de valor subjetivos, colocando em perigo a unidade da Constituição e a prioridade hierárquica. Além disso, para ele, o princípio da unidade da Constituição não permitiria uma efetiva ponderação⁶³.

Essas dificuldades decorreriam do conceito de limites aos direitos fundamentais que, em verdade, não significariam a limitação de um direito constitucionalmente reconhecido, mas delimitação conceitual do conteúdo mesmo do direito. O que se chama de proteção de outro bem constitucional não exigiria uma limitação externa dos direitos e liberdade⁶⁴.

Por exemplo, para Otto y Pardo,

Para justificar por qué no se puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad no hace falta argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, y ello porque nadie puede considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de esta libertad. La sanción impuesta a un funcionario abandona su trabajo para asistir a una reunión o a una misa no es, obviamente, limitación alguna a los correspondientes derechos fundamentales⁶⁵.

Ao se delimitar o alcance da proteção que presta o direito constitucional, os problemas (colisões e ponderação), antes referidos como limitação para proteger outros bens, são na realidade problemas de interpretação sistemática e unitária da Constituição, sem a necessidade de ponderação entre bens e valores e hierarquização. Há, somente, um exame do conteúdo de cada um das normas. Considerando isso, os direitos não são limitáveis, porém isso não significa que sejam ilimitados. Um direito ilimitado seria um não direito, pois um direito ou liberdade, fundamental ou não, ampara aquilo que ampara e nada mais. Há, então, limite e fronteiras, os limites intrínsecos. Com isso, pretende-se dizer que o direito resulta limitado, em rigor delimitado, porque o limite resulta da própria norma constitucional⁶⁶.

⁶³ Cf. OTTO Y PARDO, 1998, p. 121.

⁶⁴ Cf. Ibid., p. 137.

⁶⁵ Cf. Ibid., p. 139.

⁶⁶ Cf. Ibid., p. 143-144.

O art. 53.1, assim, não poderia ser interpretado como uma reserva geral de limitação, mas autorização para delimitação, porque os limites advêm da própria constituição⁶⁷.

Segundo Peter Haberle, de acordo com uma opinião dominante, a “restrição” seria legitimada a partir de interesses públicos e comunitários. Essa concepção estaria errada e a fórmula das “restrições” seria uma simplificação equivocada⁶⁸. Para ele, as limitações aos direitos fundamentais decorrem do cruzamento dos interesses públicos e privados, no sentido de que a tutela da vida, da liberdade e da propriedade seria uma exigência legítima do indivíduo e da comunidade. Há, consoante ele, em verdade, uma coincidência de interesses⁶⁹. Nesse contexto, a legislação de reserva é conformação dos direitos fundamentais e toda limitação a tais direitos tem ao mesmo tempo caráter de conformação, porque “(...) si los derechos fundamentales, que son garantizados precisamente (también) a favor del individuo, son realmente ‘conformados’, ello redundará en provecho, en especial medida, de sus titulares”⁷⁰.

Para os adeptos da teoria interna, então, eventuais previsões normativas seriam elementos negativos meramente declaratórios do direito, pois a legislação seria um mecanismo de interpretação e revelação dos limites máximos de conteúdo e para além disso não haveria direito fundamental. Ao legislador caberia, então, conformar o conteúdo do direito, o que implica a potencialização do seu papel.

⁶⁷ Cf. OTTO Y PARDO, 1998, p. 152.

⁶⁸ Para Peter Haberle, os direitos fundamentais estão caracterizados por um cruzamento entre interesses públicos e privados, no sentido de que a Constituição somente poderia desenvolver sua força unificadora e de regulação se garantir direitos aos favorecidos e também a todos os cidadãos. HABERLE, 2003, p. 25.

⁶⁹ Ibid., p. 26.

⁷⁰ Dentre outros, cita-se dois ejemplos do autor: 1- “La ‘intervención’ en la integridad física que se da en el caso de vacunación obligatoria tiene lugar no sólo en interés de la comunidad. Más bien, es también objetivo de esta intervención proteger a vacunado frente a muchos mayores peligros. Dicho de otro modo, la obligación de vacunación, con el objetivo propuesto, sirve precisamente al mantenimiento de la incolumidad corporal”; e 2- “Las regulaciones y ‘límites’ en el ámbito de la libertad de profesión se suelen legitimar exclusivamente desde los intereses de la comunidad. También aquí, sin embargo, son necesarias diferenciaciones. Las condiciones objetivas de admisión existen – por supuesto, sólo de forma *inmediata* – exclusivamente en interés de la comunidad. Distinto es, sin embargo, el caso de las condiciones subjetivas de admisión. Las normas jurídicas que establecen requisitos de idoneidad y conocimientos profesionales existen *también* en interés de los titulares de derechos fundamentales; pues no se pueden ejercer muchas profesiones sin la correspondiente formación teórica y práctica. El ejercicio de la profesión sería ‘imposible’ o ‘inapropiado’. Al regular el legislador tales prescripciones, muestra al mismo tiempo a los titulares de derechos fundamentales la vía que, de todos modos, es ya presupuesto ‘tacito’ para el ejercicio de la profesión en cuestión. (...) Se trata sólo de tener presente que el legislador, al adoptar determinadas regulaciones de la profesión, crea ‘tipos de profesiones’ que, por su parte, son útiles para el propio titular de derechos fundamentales. También aquí sirve el legislador de reserva, al mismo tiempo, al interés, correctamente entendido, del individuo”. Ibid., p. 25-32.

De acordo com Peter Haberle, o legislador, no campo dos direitos fundamentais, teria dupla função: 1- a limitação e 2- a conformação, sendo que todas as disposições de direitos fundamentais seriam suscetíveis e necessitariam de limitações legislativas, de conformação e precisão de conteúdo pela lei, no sentido de que “El legislador está para ello al servicio del correspondiente derecho fundamental afectado. La Constitución presupone su actividad como evidente y, por tanto, no sólo como permitida, sino también como ordenada”⁷¹.

Por outro lado, as garantias dos direitos fundamentais também teriam um duplo sentido:

- a) implicam na proibição de lesões aos direitos fundamentais (limites ao legislador);
- b) são mandatos dirigidos ao legislador para conformar cada direito fundamental em particular.

Com isso,

(...) el legislador que conforma los derechos fundamentales del modo descrito los dota de su correspondiente contenido esencial, es decir, crea complejos de normas y concretos institutos jurídicos que pertenecen a la esencia del correspondiente derecho fundamental o (y) crea las condiciones para que cada uno de los titulares del derecho fundamental esté en situación de hacer uso de la esencia de su libertad⁷².

Nesse contexto, o legislador que limita os direitos fundamentais concretiza os limites, conforme sua essência e transforma em realidade uma parte do conteúdo essencial de tais direitos. A importância da legislação seria que

Si faltase a los derechos fundamentales el subnivel del ordenamiento jurídico que está jerárquicamente por debajo de la Constitución, quedarían sin eficacia, figurarían ‘en el papel’. Los derechos fundamentales cuyos límites no fuesen concretizados por el ‘ordenamiento jurídico general’ y que no fuesen conformados por las normas creadas por el legislador, quedarían condenados a la insignificancia. (...) Sin ellas, el derecho fundamental no tendría existencia”. Ainda, “(...) la Constitución se transforma en la ‘Constitución’ en el pleno sentido de la palabra por medio de la actividad del legislador de conformación y de limitación de los derechos fundamentales.⁷³

⁷¹ HABERLE, 2003, p. 169.

⁷² Ibid., p. 170-171.

⁷³ Ibid., p. 168-172.

Jane Reis Gonçalves Pereira exemplifica muito bem o que os adeptos da teoria interna querem dizer com os limites imanentes dos direitos ou as delimitações:

(...) o foco de análise é a determinação dos confins dos direitos, ou seja, de sua esfera normativa ou âmbito de proteção, que decorre da adequação do fato à norma. Assim, ao invés de afirmarem que a liberdade de expressão é limitada pelo direito à honra e à imagem, ou que a ordem pública limita o direito de manifestação, os adeptos dessa tese sustentarão que as condutas humanas são ou não protegidas pelos direitos, ou seja, que estão ou não incluídas em suas esferas de proteção⁷⁴.

Martin Borowski observa que, se o direito, como não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna impossível⁷⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho, referindo-se a Martin Borowski, descreve 11 argumentos de 14 dos utilizados pelos adeptos da teoria interna para rechaçar a teoria externa⁷⁶. Aqui, apenas 7 deles serão referidos, por estarem bastante ligados às pretensões do trabalho.

O primeiro que interessa é o *argumento da contradição lógica*. De acordo com esta crítica, afirma-se que um ato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme o direito e contrário ao direito. A teoria externa, por um lado, proclamaria um direito ilimitado e, por outro lado, declararia inadmissível o exercício do mesmo direito, porque admite as restrições. Essa contradição lógica levaria a existência de um conteúdo *prima facie* de um direito ser simultaneamente um definitivo não direito. No entanto, a afirmação de que um direito, considerado *prima facie*, possa ceder, em virtude de ponderação ou balanceamento para a proteção de outros bens com ele coincidente, não é um problema. Isso porque esse direito *prima facie* não é um direito definitivo. A ponderação, considerando o peso dos direitos, evitará a contradição lógica⁷⁷.

O segundo acusa a teoria externa de *ideais irrealistas*, porque ela estaria fora da realidade, uma vez que a aceitação de um direito sem limites não existe num sistema jurídico real. Entretanto, isso não é bem assim, porque, nos resultados

⁷⁴ PEREIRA, 2006, p. 142-143.

⁷⁵ BOROWSKI, 2003, p. 69-70. Como escreve esse mesmo autor, "La restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho. Algo que es del contenido del derecho antes de su restricción deja de serlo luego de dicha restricción" Id., 2000, p. 32.

⁷⁶ CANOTILHO, 2008, p. 203-214. Sobre as críticas ver também NOVAIS, 2003, p. 309-310.

⁷⁷ Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 203-204.

finais, a teoria não aponta para soluções irrealistas, porque parte de direitos ilimitados *prima facie* e não afirma que haja direitos ilimitados⁷⁸.

O terceiro argumento liga-se a uma *vinculação comunitarista*, no sentido de que a teoria externa seria uma teoria de posições individualistas que desprezaria as dimensões comunitárias. Essa afirmação também estaria equivocada. Primeiro, muitos autores da teoria interna se assumiriam próximos de posições personalistas, ou seja, a compreensão não liberal dos direitos pessoais não é um pressuposto da teoria interna. Segundo, este modo de ver as coisas seria tendencialmente redutor. A teoria externa quer dizer apenas que primeiro nascem os direitos e as normas garantidoras e, depois, estabelecem-se normas restritivas⁷⁹.

O quarto argumento, que seria o *da liberdade constituída*, acusa o esquema “direito-restrição” de teoria externa de colocar o legislador como o agente da restrição e que poderia até ser visto como inimigo dos direitos fundamentais. Primeiro, a conformação pode ser concretizadora, clarificadora, densificadora e constitutiva de direitos, não apenas restritiva. Segundo, a idéia de que somente a lei pode restringir direitos exprime uma idéia contrária, baseada na tradição liberal. Por fim, a lei restringe também para proteger outros direitos. Some-se, ainda, que a idéia de direitos *prima facie* e direitos definitivos permitem reconstruir a tarefa do legislador como otimizador e harmonizador, o que não leva a um legislador limitador inimigo dos direitos fundamentais⁸⁰.

O quinto argumento passa pela discussão da *hierarquia de normas*. A teoria externa admitiria a restrição de direitos fundamentais por leis ordinárias, o que significa uma sobreposição destas sobre aquelas. Nesse contexto, a teoria externa garantiria, ao nível da Constituição, determinados direitos e, depois, toleraria restrições por meio de normas inferiores. Essa argumentação seria redutora. Isso porque o legislador, muitas vezes, visa à concordância, densificação e ponderação otimizadoras de direitos, muitas vezes em colisão. Além disso, muitos direitos têm uma grande abertura material e postulam tarefas de concordância e ponderação, não num esquema superior e inferior, constitucional e ordinário, mas em metódicas concretamente concretizadoras das dimensões materiais dos direitos⁸¹.

⁷⁸ Cf. CANOTILHO, 2008, p. 205.

⁷⁹ Cf. *Ibid.*, p. 206-207.

⁸⁰ Cf. *Ibid.*, p. 208.

⁸¹ Cf. *Ibid.*, p. 209-210.

O sexto argumento indica que haveria *deslealdade* por parte da teoria externa, porque prometeria muito e daria pouco. Ela criaria ilusões ao afirmar que determinados comportamentos, atos ou situações são expressão ou manifestação de direitos, mas depois confessaria que não são. Entretanto, a perspectiva de direitos *prima facie* responde a essa criação de falsas expectativas⁸².

Finalmente, o argumento da *força vinculativa*. Como a teoria externa permite distinguir direitos *prima facie* e direitos definitivos poderia pagar um preço alto por isso. Porque se os direitos como princípios alicerçam-se numa metódica de concretização aberta à ponderação e balanceamento, isto seria feito à custa da relativização vinculativa dos próprios direitos. Além disso, essa acentuação principialista deslocaria para os tribunais a garantia do direito que deveria ser obtida ao nível da mediação concretizadora do legislador. Entretanto, como se observou, a teoria externa não prega uma radicalização entre princípios e regras, além do que a maior racionalidade metódica das regras, no caso de conceitos abertos, não conduz a soluções diferentes da metódica dos princípios⁸³.

A maioria dessas críticas parte dos pressupostos descritos no início do trabalho, ou seja, a concepção das normas de direitos fundamentais como regras e de um suporte fático restrito.

Robert Alexy indica que, enquanto na teoria externa tem-se o direito em si e o direito restringido, na teoria interna não haveria duas coisas⁸⁴. Não há um direito e sua restrição, mas um direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição seria substituído pelo conceito de limite e dúvidas sobre esse limite e sua extensão não seriam sobre sua restrição, mas sobre seu conteúdo. Quando se fala em restrições no lugar de limites, fala-se em restrições imanentes⁸⁵ e isso implica a concepção dos direitos fundamentais exclusivamente como regras e a partir de suporte fático restrito.

⁸² Cf. CANOTILHO, 2008, p. 211.

⁸³ Cf. *Ibid.*, p.213-214.

⁸⁴ Para Martin BOROWSKI (2000, p. 33), há, também, na teoria interna, uma dupla análise e “dois elementos”: o conteúdo aparente e o conteúdo verdadeiro. Considerando essa teoria, há necessidade de provar se o conteúdo aparente do direito é também seu conteúdo verdadeiro. Então, aqui também há um duplo exame. Ele escreve: “Primero se examina si, a la luz del caso concreto, el ámbito del contenido aparente del derecho ha sido afectado. En caso afirmativo, debe decidirse se el contenido aparente del derecho también vale como contenido verdadero. La diferencia fundamental consiste, sin embargo, en que el contenido aparente no abarca ninguna posición normativa”

⁸⁵ ALEXY, 2008, p. 277-278.

Para essa concepção, os direitos fundamentais sem reserva legal não têm outras limitações além daquelas que resultam do seu próprio conteúdo que será descoberto com a análise do âmbito da norma e de seus limites imanentes. No contexto dessa teoria, então não existem as denominadas colisões de direitos e inexistente a necessidade de ponderação de bens ou valores, pois os limites são parte integrante do direito fundamental. Nesse contexto, então, não há restrição de direito fundamental ou colisão entre os direitos fundamentais, sendo os limites imanentes e o conteúdo do direito definidos desde a compreensão que se tem da norma de direito fundamental⁸⁶, ou seja, “a priori”.

A teoria interna, segundo Jorge Reis Novais, seria inatacável do ponto de vista lógico. Contudo, em termos práticos, ela favorece a legitimação de qualquer particular concretização dessa atividade restritiva. Considerando isso, um controle formal não é possível, pois se os limites imanentes não são verdadeiras restrições, não lhes é exigível que preencham os requisitos formais que a Constituição prescreve para as restrições⁸⁷.

Para Martin Borowski, na prática, as teorias interna e externa seriam a mesma coisa. Entretanto, a diferença está na perspectiva e não no resultado, o que traz reflexos metodológicos importantes, como na verificabilidade do teste de constitucionalidade. Na teoria interna, o controle se dá partindo do pressuposto de que a legislação sempre é constitucional. A lei, em princípio, sempre estaria de acordo com a Constituição. Na teoria externa, o controle é mais fácil, pois, como não há convergência de conteúdo, pergunta-se como se resolve a ilegitimidade da intervenção legislativa (pois aqui, toda intervenção seria restritiva). Os limites seriam formais e materiais, do que se cuidará mais adiante⁸⁸. Como escreve o autor,

La respuesta es que se trata de dos formas diferentes de describir exactamente el mismo fenómeno. En la restricción de derechos

⁸⁶ FREITAS, 2007, p. 81-82.

⁸⁷ Observa o autor que, para a teoria interna, se os direitos fundamentais têm consagração na Constituição formal, então sua restrição é impossível. A pretensa atividade restritiva será sempre concretização, revelação, delimitação ou conformação de conteúdos, sob pena de contradição lógica, e serão concebidos como implícita ou imanente. Se pela superioridade da Constituição temos duas possibilidades, concretização/delimitação ou violação, então a dificuldade dogmática de uma amputação, compressão ou restrição está resolvida: não há restrições legítimas. Há, portanto, vantagens de coerência de fundamentação, mas na prática há inconvenientes. Ocorre que a necessidade de controle não desaparece, apenas se desloca. Há o problema de se saber se se tem o exercício de direito fundamental ou sua mera aparência ou uma concretização/delimitação do conteúdo ou uma violação desse conteúdo. Obra citada. p. 317 a 320.

⁸⁸ BOROWSKI, 2003, p. 94-96

fundamentales, un principio iusfundamental es limitado mediante la expedición de una ley. El acento está aquí en que el deber *prima facie* de un principio se torna en un deber definitivo. Mediante la expedición de la ley se produce igualmente una configuración del derecho infraconstitucional. Se se habla, en cambio, de una configuración iusfundamental se coloca el acento en la formación de derecho infraconstitucional en el ámbito del derecho fundamental. Sin embargo, los principios fundamentales que vinculan materialmente al Legislador en el proceso de la configuración son a su vez restringidos por la legislación. Quien pone el acento en el derecho fundamental, habla de una restricción; quien acentúa el derecho infraconstitucional, habla de una configuración en el sentido arriba mencionado⁸⁹.

A teoria interna, então, teria a crítica baseada na experiência. Haveria uma dificuldade em precisar os contornos dos direitos de forma inequívoca. E, ainda que isso fosse factível, ela desconsideraria o caráter restritivo das normas jurídicas e das decisões jurídicas, o que importa em dispensar técnicas de controle das limitações aos direitos (como a reserva de lei, proporcionalidade e conteúdo essencial)⁹⁰.

Além disso, a teoria interna, embora tente simplificar a questão, não obtém sucesso na empreitada, porque ela também depende da justificação e da ponderação. É o que observa Luis Prieto Sanchís, segundo o qual a questão está na justificação. Este autor escreve:

Desde mi punto de vista, y si nos tomamos en serio la fuerza vinculante de los conceptos constitucionales, la tarea de justificar que una ley restrictiva constituye un límite legítimo al derecho fundamental resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho. Todo depende, en suma, de la justificación de la ley restrictiva a la luz del bien constitucional que le sirve de cobertura: si existe tal justificación, tanto da decir que se trata de un límite legítimo o de una actuación 'fronteriza' pero no limitadora; y, a la inversa, si no existe, también es indiferente decir que la ley es inconstitucional porque limitó lo que no podía limitar, o porque delimitó mal lo que en principio sí podía configurar" e "En suma, el núcleo de la cuestión está en el respaldo constitucional de una medida que limita o que es fronteriza con las libertades (...)"⁹¹.

Em verdade, o direito e seu limite dependerão de uma ponderação, no sentido de se saber se a medida está adequada, é necessária e proporcional. Considerando

⁸⁹ BOROWSKI, 2000, p. 54-55.

⁹⁰ Cf. PEREIRA, 2006, p. 159-160. No mesmo sentido escreve Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 30-31), para quem, tratando da polêmica entre as teorias interna e externa e sobre a concretização ou conformação e as restrições, "(...) o problema central das reservas ou restrições legais é o problema da sua limitação" e "A formulação assaz imprecisa de garantia individual ou a outorga ao legislador de responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar por completo o significado dos direitos individuais em determinada ordem constitucional".

⁹¹ PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 226-229.

isso, não há vantagens na nomenclatura utilizada pela teoria interna, sendo mais comum e intuitivo o termo limites e restrição do que delimitação ou configuração⁹².

Em resumo, porque os direitos fundamentais são concebidos como regras e porque o suporte fático ou âmbito de proteção é restrito, a teoria interna não admite limitações ou restrições externas aos direitos e a lei somente delimita ou concretiza conteúdo constitucional. A identificação dos casos em que o direito deve incidir, ou seja, a fixação do suporte fático, deve ser feita por meio da análise do seu conteúdo constitucionalmente estabelecido, especialmente pelos limites imanentes e, assim, como o conteúdo está previamente definido, recusa-se, também, a ocorrência de colisões de direitos.

2.3.2 Teoria externa

Ao contrário da teoria interna, para a teoria externa⁹³ os direitos fundamentais sofrem restrições ou limitações.

Nos termos da teoria externa, há o âmbito de proteção e o âmbito de proteção efetivo e concebem-se os direitos fundamentais como direitos ilimitados, que podem ser restringidos, sendo que toda e qualquer limitação ou restrição deve observar determinados pressupostos formais e materiais, o que é passível de discussão judicial quanto à sua constitucionalidade⁹⁴. De acordo com a teoria externa, há duas coisas, o direito e sua restrição: “(...) o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*”⁹⁵.

Na teoria externa, não há a identidade entre o âmbito de proteção do direito fundamental e o seu âmbito de garantia efetivo, como ocorre com a teoria interna. O âmbito de proteção seria toda a esfera da vida que o direito fundamental desenvolve uma função de proteção e qualquer intervenção que aí se verifique deve preencher,

⁹² PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 226-229.

⁹³ Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, no Brasil, os autores, direta ou indiretamente, defenderiam as premissas da teoria externa. A jurisprudência do STF também teria uma inclinação nesse sentido. PEREIRA, 2006, p. 150.

⁹⁴ Cf. FREITAS, 2007, p. 139.

⁹⁵ ALEXY, 2008, p. 277.

sob pena de ilegitimidade, os requisitos formais e materiais, como a reserva de lei, o princípio da proporcionalidade e a preservação de um núcleo essencial⁹⁶.

Por este modelo, a Constituição consagra os direitos fundamentais, delimitando o âmbito de proteção, mas por meio das cláusulas de reserva, coloca-os à disposição dos poderes, de forma condicional, permitindo que intervenham. Assim, há uma distinção, nessa concepção, entre limites dos direitos fundamentais, que são as fronteiras reveladas ou colocadas ao originário âmbito de proteção, por meio da própria Constituição. E, intervenções nos direitos fundamentais, que são as medidas pelas quais os poderes constituídos intervêm no âmbito de proteção, com preenchimento ou não dos requisitos constitucionais. Trata-se, portanto, de uma teoria externa porque os “(...) limites e restrições são constitutivamente colocados de fora, são externos ao conteúdo do direito fundamental em si e, daí, a designação de teoria externa”⁹⁷.

Parte-se de um determinado âmbito da vida ou âmbito potencial de proteção abrangido por um direito fundamental e após apurados os contornos jurídicos do direito fundamental ou dos limites, chega-se ao âmbito de proteção⁹⁸. Delimitado o conteúdo, descrevem-se os diferentes tipos de situações jusfundamentalmente protegidos e nesse domínio protegido intervêm as restrições. O que resta do âmbito de proteção será denominado de âmbito de garantia efetivo. Como indica Jorge Reis Novais

(...), do âmbito de protecção, deduzida a ocorrência, efectiva ou potencial, de restrições legítimas, chega-se, finalmente, ao âmbito definitivo de protecção ou âmbito de garantia efectivo relativamente ao qual toda a intervenção estatal desvantajosa será já configurada como restrição ilegítima, como violação de direito fundamental⁹⁹.

Repita-se que, conforme observa Jane Reis Gonçalves Pereira, a teoria externa seria correlata ao modelo da ponderação e da teoria dos princípios. Se os direitos fundamentais são princípios, ou seja, comandos “prima facie”, é possível que

⁹⁶ NOVAIS, 2003, p. 299.

⁹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 299-301.

⁹⁸ Observe-se que há o âmbito de proteção restrito e âmbito de proteção muito amplo, conforme concepções defendidas por Friedrich Müller e Robert Alexy, respectivamente e conforme exposto no item 2.2 desta dissertação. Há contudo, concepções que podem ser denominadas de âmbito de proteção amplo ou não tão amplo, como no caso da utilização do conceito de limites imanentes por adeptos da teoria externa, como José Carlos Vieira de Andrade e alguns autores nacionais (itens 2.2 e 2.4.1).

⁹⁹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 304.

sejam restringidos. Haveria a norma “prima facie” e uma norma que estabelece uma restrição. O direito definitivo viria depois do raciocínio ponderativo. Além disso, por essas razões, a teoria externa é incompatível com o modelo de regras¹⁰⁰.

Entretanto, contrariando uma lógica entre as premissas da teoria interna e teoria externa, Peter Haberle, embora preconize uma irrestringibilidade dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade da ponderação. Segundo ele, porque os direitos fundamentais integram-se reciprocamente num sistema unitário e estão numa relação de recíproco condicionamento com outros bens, o seu conteúdo e seus limites só serão atingidos considerando outros bens. O princípio para determinar esse conteúdo e limites e por meio do qual se solucionam os conflitos, é o princípio da ponderação de bens¹⁰¹. Este autor escreve:

En la interpretación de un derecho fundamental hay que tomar en consideración los valores jurídicos protegidos a través de las leyes generales; en la revisión del efecto limitador sobre los derechos fundamentales de las leyes generales hay que tomar en cuenta el especial contenido axiológico del derecho fundamental en cuestión. Con el llamado efecto intercambio entre el derecho fundamental y las leyes generales – que tiene lugar de modo específico para cada derecho fundamental – se deducen el contenido y límites de los derechos fundamentales¹⁰².

Embora recorra à ponderação, esse autor também utiliza o conceito de limites imanentes. Os limites imanentes, que seriam a essência e o conteúdo constitucional se identificariam com o conteúdo essencial, irrestringível. Esses limites imanentes seriam atingidos por meio da ponderação¹⁰³.

Essa fórmula soa estranha.

Como indicada Jane Reis Gonçalves Pereira, na teoria anterior, preconiza-se a não restringibilidade dos direitos fundamentais e a ponderação, além de haver inconvenientes e contradições. Primeiro, se os limites dos direitos já existem, não haveria conflito. Segundo, se a ponderação é um método para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, eles não existem desde o início. Por fim, se o legislador concretiza limites que já existem, haveria um peso excessivo para as leis reguladoras, o que implica um controle menos severo da atividade legislativa¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PEREIRA, 2006, p. 151. Em que pese a discussão acerca da possibilidade da ponderação de regras. Sobre isso ver ÁVILA, 2006, p. 51 et. seq. e BARCELLOS, 2008, p. 56 et. seq.

¹⁰¹ HABERLE, 2003, p. 33-34.

¹⁰² Ibid., p. 33 passim.

¹⁰³ HABERLE, 2003, p. 34 passim.

¹⁰⁴ PEREIRA, 2006, p. 152-154.

José Carlos Vieira de Andrade também associa elementos das teorias externa e interna. Para ele, os direitos não sujeitos à reserva legal seriam irrestringíveis no plano abstrato, por conta do artigo 18 da Constituição Portuguesa, segundo a qual as restrições aos direitos fundamentais somente são possíveis nos casos expressamente autorizados na Constituição. Por outro lado, seria possível recorrer-se à ponderação para solucionar conflitos de direitos fundamentais no plano concreto, como, por exemplo, “(...) no conflito entre a *liberdade de expressão* e o *direito de informação dos jornalistas*, de um lado, e o *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*, do outro lado, (...)”. O autor, então, distingue 3 categorias:

- a) a delimitação do âmbito de proteção constitucional, para definir o seu objeto e o conteúdo principal, no qual se enquadra sua concepção de *limites imanescentes ou intrínsecos* de um direito fundamental;
- b) a restrição do conteúdo do direito, operada pela intervenção normativa abstrata do legislador, ou seja, *as leis restritivas*;
- c) por fim, a limitação ou harmonização dos direitos, liberdade e garantias, decorrentes das colisões de direitos ou dos conflitos entre direitos e valores constitucionais comunitários¹⁰⁵.

A teoria externa, partindo dos direitos fundamentais como princípios e de um suporte fático ou âmbito de proteção amplo, ao reconhecer que os direitos fundamentais podem ser restringidos, possibilita uma melhor metodologia para o controle dessas restrições. Se existem restrições aos direitos fundamentais e se elas não são incomuns, há necessidade do controle delas, o que é feito pelos “limites dos limites”, tratados à frente. Por isso, neste trabalho, opta-se pelas conclusões da teoria externa, porque, com ela, a análise da constitucionalidade das opções tomadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, no caso da limitação do número de dirigentes sindicais estáveis, da estabilidade da empregada gestante, do monitoramento e controle do e-mail do empregado e da Súmula 85, é mais controlável e racional.

¹⁰⁵ ANDRADE, 2004, p. 302.

2.4 TIPOLOGIA DAS “RESTRIÇÕES” OU “LIMITAÇÕES”

Os direitos fundamentais demandam um “desenvolvimento” legislativo; resta saber em que medida isso é possível e o que esse desenvolvimento, no campo das restrições, pode significar.

Um dos problemas na análise da questão, como já exposto, está no fato de que a nomenclatura utilizada não é padrão. Como já foi indicado na introdução, fala-se em conformação, concretização, restrição, delimitação, regulação, desenvolvimento, intervenção etc., sem que haja um critério sólido de distinção¹⁰⁶.

No Brasil, a nomenclatura também não é padrão. Por exemplo, Guilherme Peña de Moraes trata de regulação, configuração, restrição e limitação, como conceitos deferentes¹⁰⁷; Wilson Antônio Steinmetz afirma que o desenvolvimento dos direitos fundamentais pode ser feito pela restrição (ou intervenção ou limitação) e a configuração (ou conformação)¹⁰⁸; Gilmar Ferreira Mendes fala em restrição e concretização ou conformação¹⁰⁹; Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins falam em intervenções permitidas, intervenções proibidas, concretizações, restrições e limitações¹¹⁰.

¹⁰⁶ Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 32-34) é um dos que apontam essa dificuldade, de forma expressa. Segundo ele, os direitos fundamentais possuem três círculos concêntricos. Desde o externo, o primeiro seria a “delimitação”; o segundo seriam os “limites” e o terceiro seria o “conteúdo essencial”. A primeira demarcação separa o que entra no âmbito de proteção do direito fundamental e o que não entra. O que é direito fundamental e o que nada tem a ver com ele. Como a necessidade de convivência em sociedade exige recíprocas limitações dos direitos fundamentais, fala-se de limites a eles. Assim, para atingir a delimitação dos direitos, a atenção deve ser dirigida aos limites. Como nem todo o âmbito delimitado pelo direito constitucional é suscetível de ser protegido e como nem todo o direito pode ficar à disposição do legislador, há um mínimo de espaço para estes direitos, que seria um núcleo irreduzível, o núcleo essencial. Tudo isso, embora pareça fácil, demanda uma grande dificuldade, porque passa por questões como interpretação jurídica, concreção de enunciados, grande número de conceitos jurídicos indeterminados e questões de delimitação e limitação.

¹⁰⁷ O autor escreve: “De um lado, a regulamentação do exercício consiste no estabelecimento das possibilidades de concretização de um direito fundamental. “De outro lado, a configuração corresponde à definição do conteúdo de um direito fundamental. Por fim, a restrição equivale à afetação do conteúdo de um direito fundamental, reduzindo-o a um determinado limite que, sem a intervenção da legislação infraconstitucional, não seria verificado. A propósito, a restrição distingue-se da limitação, porquanto a restrição refere-se ao exercício em si das faculdades inerentes ao conteúdo do direito; a limitação, ao revés, já integra o conteúdo do direito”. MORAES, 2000, p. 63.

¹⁰⁸ Segundo o autor referido, a conformação ou configuração e a regulação não seriam uma necessidade jurídica, porque os direitos fundamentais possuem eficácia imediata, mas se trataria de uma necessidade prática para maior efetividade. Considerando isso, há necessidade de um critério para diferenciar a restrição da configuração. A questão, então, seria saber se existe um critério claro, preciso e seguro. A partir daí, o autor utiliza-se da diferenciação proposta por ALEXY, 2008, p. 27 passim.

¹⁰⁹ MENDES, 2004, p. 17.

¹¹⁰ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 152, por exemplo.

Visando expor a questão, adota-se determinada sistematização¹¹¹.

Os direitos fundamentais objetivam regulamentar uma determinada situação ou relação real, um conjunto de fatos. Essa área de regulamentação seria composta de dois elementos:

- a) a descrição da situação ou a relação fática, de cunho social;
- b) a indicação de uma decisão ainda que genérica do constituinte a respeito dessa situação.

Dentro do círculo da área de regulamentação, a Constituição Federal protege determinadas situações, indicando os casos nos quais a área de regulamentação não goza de proteção constitucional, excluindo-os, da tutela constitucional. Chega-se, com isso, à área de proteção, que é menor que a de regulamentação. O primeiro filtro, então, deve ser a constatação dos exatos limites da área de proteção do direito¹¹², ou seja, antes se verifica sobre o exercício do direito, se há a faculdade do titular comportar-se ou deixar de se comportar conforme os elementos da área de proteção do direito¹¹³.

Os problemas começam quando se constata a invasão na área de proteção de um direito fundamental. Para que haja uma intervenção, basta que haja uma ação ou omissão que impeça parcialmente a prática de um comportamento dentro dessa área de proteção¹¹⁴.

As intervenções, nesse contexto, podem ser permitidas e não permitidas. Uma intervenção será permitida em quatro hipóteses, podendo configurar-se numa restrição ou numa concreção:

¹¹¹ Cf. *Ibid.*, p. 136-164.

¹¹² Cf. *Ibid.*, p. 136. Repita-se que definir a área de proteção do direito é outro grande problema. A opção por uma área restrita, ou um suporte fático restrito, indica que o autor é adepto da teoria interna e não admite restrições. Por outro lado, a opção por uma área de proteção ampla, ou suporte fático amplo, indica que o autor é adepto da teoria externa. Isso, contudo, não é uma regra, por conta daqueles que falam em limites imanentes e restrições.

¹¹³ Cf. *Ibid.*, p. 137. No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 448-449), para quem, os direitos fundamentais têm como referente determinados setores da realidade social. Ao articular-se um direito fundamental com determinado âmbito da realidade social, chega-se ao âmbito de proteção de um direito fundamental. Por exemplo, no âmbito da vida, está abrangido ou compreendido pelos direitos fundamentais o âmbito de proteção desses direitos. Contudo, o âmbito de proteção é uma coisa e o conteúdo juridicamente garantido desse direito é outra. Por exemplo, a liberdade de reunião tem como âmbito de proteção material a reunião de pessoas no contexto da vida coletiva, mas, só se garante, em termos jurídico-constitucionais, as reuniões pacíficas e sem armas.

¹¹⁴ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 146.

- a) se o comportamento não se situar na área de proteção do direito¹¹⁵;
- b) se representar a concretização de um limite constitucional mediante lei;
- c) quando uma norma infraconstitucional restringe o direito fundamental de forma permitida pela Constituição mediante a reserva legal ou quando a própria constituição restringe diretamente o Direito;
- d) se dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral colidem (espécie de intervenção que será tratada mais à frente).

As hipóteses “b” e “c” seriam intervenções legislativas. A “d” seria administrativa ou judicial. A “a” não seria uma intervenção. Não se verificando nenhuma das quatro hipóteses indicadas, a intervenção será proibida¹¹⁶.

As concretizações mediante lei ocorrem porque alguns direitos fundamentais são enunciados de forma bastante genérica, como é o caso da garantia de propriedade (art. 5º, caput e inc. XXII, da CF/88)¹¹⁷. Não há, neste caso, sequer uma definição do conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental e a Constituição oferece ao legislador um amplo poder de definição¹¹⁸.

Observe-se que, mesmo no caso das concretizações há problemas, porque qualquer concretização poderá significar uma limitação, como por exemplo, quando o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade. Por isso,

¹¹⁵ Novamente, insiste-se: aqui se insere o debate acerca da amplitude dessa proteção.

¹¹⁶ Cf. *Ibid.*, p. 149-151.

¹¹⁷ Como observa Gilmar Ferreira Mendes, nem todas as normas restringem ou limitam poderes e faculdades. Algumas visam completar, densificar e concretizar direito fundamental. Por exemplo, a disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (art. 5º, XXII – XXXI), proteção do consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito a proteção judiciária (art. 5º, XXXV, LXVII – LXXII). Segundo ele, os direitos individuais que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo ordenamento exigem uma reflexão diferenciada. A vida e a manifestação de opinião, por exemplo, preexistem à disciplina jurídica. Ao contrário, o direito de propriedade e o direito da herança não teriam qualquer sentido sem as normas legais. Como se confia ao legislador a definição desses direitos fundamentais, fala-se em regulação ou conformação, ao invés de restrição. Não é raro que o constituinte confira ao legislador ordinário um amplo poder de conformação, como, por exemplo, as hipóteses do artigo 5º, incisos XXVI, XXVII, XXVIII, XXXVIII, LXXVI, LXXVII. Este autor escreve: “É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como *normas de concretização ou de conformação* desses direitos”. MENDES, 2004, p. 17-18.

¹¹⁸ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 152.

sempre deverá ser verificada a eventualidade de a lei concretizadora estar limitando um direito de forma inconstitucional¹¹⁹⁻¹²⁰.

Robert Alexy posiciona-se nesse sentido, embora utilize a terminologia configuração. Segundo ele, nem todas as normas de direito ordinário que tenham como objeto um direito fundamental são uma restrição. Isso tem significado prático, porque uma norma que não restringe um direito fundamental não precisa ser justificada. Uma norma não-restritiva no âmbito de um direito fundamental é uma norma que configura esse direito. Porém, isso não ajudaria na definição da diferença entre restrição e configuração. A configuração pode ser concebida de forma ampla e seria entendida como a totalidade das regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais. Aqui, então, seriam abarcadas as restrições. A configuração, por outro lado, pode ser entendida como contraposta à restrição. Neste caso, a configuração não pode ser uma norma mandatória ou proibitiva, mas apenas de competência, porque normas que expressam deveres ou proibições têm caráter restritivo. De competência, seriam, por exemplo, as normas sobre institutos de direito civil. Resta uma questão ainda, que é saber se em alguns casos as meras configurações podem se tratar de uma restrição também. Como isso ocorre, deve ser utilizado o critério da não-inibição, que "(...) pressupõe que sempre que um sopesamento orientado pela máxima da proporcionalidade seja necessário (caso real de direitos fundamentais) ou simplesmente possível (caso potencial) não se pode falar em uma configuração, pois se trata de uma restrição". Para Robert Alexy, então, deve-se adotar um conceito restrito de configuração e um conceito amplo de restrição, porque, só assim, haveria adequação às exigências de racionalidade na fundamentação dos casos envolvendo direitos fundamentais^{121 122}.

¹¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 152-153. Estes autores escrevem "Destarte, não é possível estabelecer uma linha de demarcação clara entre a concretização e a limitação mediante reserva legal (...). Em ambos os casos, o aplicador deve realizar um exame de constitucionalidade antes de aplicar norma que regulamente direitos fundamentais".

¹²⁰ Ressalte-se, novamente, que essa problemática também depende do debate do âmbito de proteção. Se o âmbito de proteção é amplo, as intervenções provavelmente terão o caráter de restrição e deverão ser testadas. Se o âmbito de proteção é restrito, a intervenção legal terá caráter de concretização, conformação, delimitação etc e daí não haveria necessidade de teste, porque se trata da revelação dos limites constitucionais.

¹²¹ ALEXY, 2008, p. 332-340.

¹²² No mesmo sentido, posicionam-se Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 70), para quem, como a distinção não é fácil, "(...) entre lo que se trata de un límite y lo que no es sino actuación conformadora del derecho no es siempre del todo nítida, y pueden aparecer casos de difícil catalogación. Creemos que, de plantearse alguna duda al respecto, se debe optar por aplicar a la regulación legal el régimen de los límites de los derechos fundamentales, que, por ser más exigente con la actuación legislativa, favorece una mayor eficacia del derechos fundamental". Gavara de Cara

Virgílio Afonso da Silva possui o mesmo posicionamento do autor anterior, especialmente porque parte da concepção dos direitos fundamentais como regras e princípios e do suporte fático amplo. Segundo ele,

(...) todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Em geral, é até mesmo difícil – às vezes impossível – distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos. Em vista disso, a conclusão, (...), só pode ser a seguinte: *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que depende da aceitação ou rejeição de restrições a direitos (...)¹²³.

Em conclusão, as restrições e concretizações dos direitos fundamentais, nesta tipologia, devem observar os “limites dos limites”, ou seja, os requisitos de constitucionalidade.

Adianta-se que, dos quatro casos que se pretende analisar, o que mais se aproxima dessa hipótese é o caso da estabilidade da empregada gestante (item 4.1), na medida em que a Constituição Federal prevê a estabilidade e o Tribunal Superior do Trabalho pode definir o que seja a confirmação: no caso, o que seja essa confirmação poderia ser definida como uma concretização. Da mesma forma, aparentemente, como não há reserva legal, a Súmula 85/TST (item 4.4) também poderia ser inserida nessa categoria. Isso, contudo, não é tranqüilo, pois ela pode ser inserida no tipo dos conflitos envolvendo direitos fundamentais.

O segundo tipo é a intervenção mediante reserva legal, que é a restrição ou limitação direta ou expressamente autorizada. Muitas disposições constitucionais

(1994, p. 158 passim), segundo quem o principal problema das leis de desenvolvimento dos direitos fundamentais é que o legislador pode realizar um desenvolvimento de duas formas: 1- pela intervenção, que num sentido amplo significa a modificação normativa ou factual não contrária à Constituição de alguns dos elementos que compõem o direito (titular, destinatário e objeto); 2- a configuração, que seria a dotação de conteúdo material de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental ou da sanção vinculada. Ela seria a determinação do conteúdo ou fixação da forma de exercício e das garantias processuais de um direito. A intervenção incide de maneira negativa, porque pressupõe que as normas vão restringir seu objeto. Esse tema é tratado com o tema dos limites. Segundo ele, entretanto, qualquer ato de desenvolvimento dos direitos fundamentais está sujeito ao controle de constitucionalidade material com base na cláusula do conteúdo essencial. J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1263-1264) também aponta essa dificuldade. Segundo ele, nem todas as normas restritivas são restritivas, pois há normas que pretendem completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto dos direitos fundamentais. Para o autor, então, há diferença entre essas normas. Por exemplo, segundo ele, “Entende-se por **normas legais restritivas** aquelas que limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais. As **normas legais conformadoras** completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental”. A dificuldade, contudo, está no fato de que a conformação deve deixar imperturbado o âmbito de protecção do direito fundamental.

¹²³ SILVA, 2006, p. 47.

garantem direitos fundamentais com ressalvas (restrições diretamente constitucionais) ou com uma reserva legal¹²⁴, mediante a fórmula “nos termos da lei”¹²⁵. A reserva legal, então, permitirá ao legislador introduzir limites ou restringir a área de proteção do direito¹²⁶.

A segunda hipótese que se pretende analisar poderia enquadrar-se nesse tipo e é a reserva legal que limita o direito fundamental de estabilidade dos dirigentes sindicais e não intervenção da organização dos sindicatos (item 4.2). Nos termos da lei, o número de dirigentes sindicais com direito de estabilidade provisória é de apenas sete. Observe-se, entretanto, que não se trata de uma reserva legal expressa, porque, quando a Constituição dispõe “nos termos da lei” (art. 8, VIII), refere-se a “falta grave”.

Até aqui, então, aparentemente, não haveria problema. As concretizações e restrições ou limitações mediante reserva de lei estariam justificadas na constituição de forma expressa e estariam sujeitas ao controle da legitimidade, no sentido de que os direitos individuais, porque de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento mediato na própria Constituição Federal (mediata). Em qualquer hipótese haveria incidência dos “limites dos limites” É claro, partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais podem ser restringidos, porque, se as reservas legais forem autorizações para delimitações, apenas, cai-se na discussão acerca dos limites imanentes.

O problema, entretanto, é que a possibilidade de uma colisão envolvendo direitos fundamentais e outros bens constitucionais legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito fundamental não submetidos a reserva legal expressa¹²⁷.

¹²⁴ A reserva legal poderá ser simples ou qualificada. No caso da reserva legal simples, o legislador constituinte remete ao legislador a tarefa de posteriormente limitar o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como na norma fundamental, sem acrescer qualquer espécie de delimitação; exemplos: VI, VII, XV, XLV e XLVI, do artigo 5º, da CF/88. No caso da reserva legal qualificada, há condições especiais, objetivos a serem concretizado ou os meios de que se deverá valer o legislador infraconstitucional, como, por exemplo, art. 5º, inc. XIII e XXIV, da CF/88.

¹²⁵ Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 15-16), a idéia de restrição seria comum no âmbito dos direitos individuais. A Constituição Federal de 1988, além do princípio geral de reserva legal, contida no art. 5º, II, refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais, através de diversas expressões, como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”. Outras vezes, a norma constitucional faz referência a um conceito indeterminado, como a cláusula da “função social”.

¹²⁶ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 153-154.

¹²⁷ MENDES, 2004, p. 40. Segundo este autor, a questão estaria facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da CF/88. Entretanto, a ação limitadora deveria ser realizada

Considerando a possibilidade de colisão envolvendo direitos fundamentais e outros bens constitucionais, tem-se a autorização para a restrição ou limitação do direito fundamental tácita, o que seria chamado de reserva legal tácita ou indireta, porque não se utiliza a fórmula “nos termos da lei”¹²⁸. A restrição estaria autorizada, mesmo ausente a reserva legal, por uma questão lógica e razoável, ou seja, implicitamente autorizada^{129 130}, porque considerar ilegítima a limitação, em face da

com todo tipo de cautela. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 158-159) não concordam com a afirmação de que o art. 5º, II, da CF/88 inclui uma reserva legal subsidiária para autorizar as restrições sem reserva legal expressa, porque careceria de fundamento (nota. 35). Para esses autores, a questão poderia ser resolvida de duas formas: 1- mediante a interpretação sistemática da área de proteção de cada direito; 2- recorrendo-se a outras normas constitucionais que autorizariam a intervenção. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 223-228) também discorda dessa posição. Segundo este, as restrições de direitos fundamentais, segundo a dogmática constitucional, podem ser admitidas somente (i) nos casos expressamente admitidos pela Constituição; (ii) não existe cláusula geral de admissão de restrição; (iii) a restrição só pode se dar pelo próprio constituinte originário ou nos casos em que este autorizou expressamente pela via da lei; (iv) não pode a lei restritiva devolver o juízo de restrição à Administração Pública; (v) só poderá ser legítima se for para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido; (vi) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato; (vii) devem estar vinculadas ao princípios da preservação do núcleo essencial. Para ele, inexistente uma cláusula geral que possibilite as restrições. Caso contrário, as lutas sociais e políticas de pouco adiantariam se os direitos fundamentais pudessem ser restringidos. Certo é que cabe ao parlamento a formação legislativa dos direitos fundamentais, havendo uma liberdade de conformação, mas a atividade de restrição tem sentido diverso. O parlamento não tem essa autorização. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são concessões, nem tampouco resto de direitos que só podem ser afirmados quando não haja outros interesses mais nobres, como os públicos. Os direitos fundamentais privados, em verdade, integram a noção do que seja interesse público.

¹²⁸ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 154-155. Os autores apresentam como exemplo o artigo 5º, IX, da CF/88, que garante a liberdade de locomoção. Esse direito, embora não dependa de concretização, não significa que a Constituição não permitiu nenhuma limitação legal nessa liberdade. J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 450), apresenta uma tipologia semelhante. Segundo este autor, as restrições de direitos fundamentais podem ser de três ordens: “(...) (1) restrições feitas directamente pela Constituição; (2) restrições feitas por lei mas expressamente *autorizadas* pela Constituição; (3) restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição”. Referindo-se à última hipótese, o autor escreve que “Estamos perante os casos mais difíceis quer em sede de legitimidade constitucional (justificação) quer no plano da modelação concreta do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente garantido. De qualquer modo, também aqui podem existir mediações restritivas. Não se compreenderia, por exemplo, que o direito de manifestação (art. 45.º, 2), embora consagrado no texto constitucional sem quaisquer restrições constitucionais directas e sem autorização de lei restritivas, não pudesse ser restringido por lei, proibindo-se desde logo, as manifestações violentas e com armas”.

¹²⁹ Para Edilson Pereira de Farias (1996, p. 75-76), há 3 tipos de restrições: 1- as estabelecidas directamente pela Constituição (art. 5º, incisos XI, XVI e XVII, da CF/88); 2- as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei, que pode ser qualificada ou simples – por exemplo, art. 5º, XXIV e XXXII, da CF/88 respectivamente); 3- as estabelecidas indirectamente pela Constituição (implícitas), que seriam as não expressamente previstas, mas admitidas implicitamente.

¹³⁰ O objetivo de Jorge Reis Novais (2003, p. 13-44), em seu texto, é tratar dessa questão, como fica claro na introdução. Segundo ele, a Constituição portuguesa de 1976, no artigo 18º, n.º 02, traz a proibição constitucional de restrições não expressamente previstas aos direitos fundamentais. Isso quer dizer que o legislador carece de autorização expressa para, sob a forma de lei, afetar de forma desvantajosa os direitos, liberdades e garantias. Aparentemente, de acordo com o artigo em questão, os direitos fundamentais sem reservas, se não houver nada exposto, são irrestringíveis. Para o autor, isso não é razoável. Segundo ele, a preocupação estava ligada à ideia de que “(...) o legislador constitucional do pós-guerra se defronta é com o facto de, designadamente após as lições das

ausência de reserva legal, seria inobservar outras normas constitucionais. Como indica Luiz Fernando Calil de Freitas, “(...) resulta que plenamente aceitável a oposição posterior de limites ao conteúdo ou restrições ao exercício de direito fundamental por norma infraconstitucional, ainda que a norma jusfundamental não contenha expressa reserva legal”¹³¹.

Essa categoria, contudo, apresenta uma série de dificuldades. Algumas teorias negariam essa possibilidade, mas acabam, na prática, aceitando a limitação. Luiz Fernando Calil de Freitas denominou isso de “admissibilidade de limitações não expressamente autorizadas enquanto delimitação a priori do conteúdo dos direitos fundamentais”. As teorias que recusam a restrição sem reserva legal, mas ao pretenderem resolver questões lógico-jurídicas decorrentes da absoluta rejeição a limites, admitem-nos. Aqui, insere-se a doutrina dos limites imanentes e a concepção restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais ¹³².

Assim, mesmo na falta de previsão legal, o legislador pode intervir na área de proteção dos direitos, introduzindo limitações. Haveria, aqui, três formas para isso:

- a) tentar estabelecer uma “concordância prática”;
- b) as intervenções baseiam-se na teoria dos limites imanentes que decorreriam do princípio da unidade do texto constitucional;
- c) por fim, a possibilidade seria para pôr fim no choque do exercício da liberdade tutelada com interesses constitucionais ou direitos fundamentais colidentes¹³³.

trágicas experiências de autoritarismo e ditadura no século XX, não poder mais entregar os direitos fundamentais aos poderes políticos, incluindo ao legislador democraticamente legitimado”. Por outro lado, nenhum legislador constitucional poderia pretender ou conseguiria regular, precisa e minuciosamente, as condições futuras de concretização dos direitos fundamentais e da necessidade de compatibilização com outros bens. Ou seja, como escreve, “(...) ele não podia regular antecipadamente todas as possíveis colisões entre direitos fundamentais e outros bens carentes de proteção nem podia, sequer, prever a sua ocorrência”. Então, para o autor, se há a possibilidade ou necessidade de reconhecimento de limitações ou restrições aos direitos fundamentais em casos não expressamente previstos, resta fundamentar dogmaticamente a ocorrência de tais restrições

¹³¹ FREITAS, 2007, p. 151.

¹³² Ibid., p. 148.

¹³³ É o caso de Robert Alexy (2008, p. 286-292), para quem, porque têm hierarquia constitucional, os direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Nesse contexto, restrições a direitos fundamentais são normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são as *restrições diretamente constitucionais*. As restrições infraconstitucionais são *restrições indiretamente constitucionais*. Além da tipologia das restrições, há a *restrição* e a *cláusula restritiva*. Uma cláusula restritiva é a parte de uma norma de direito fundamental que diz como o suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido. Essas cláusulas restritivas podem ser *escritas* ou *não escritas*. Para o autor, expressões como

A tipologia apresentada é importante porque a “(...) liberdade é mais ampla no caso dos direitos fundamentais com reservas legais simples, menos ampla no caso dos direitos fundamentais com reservas legais qualificadas e restritíssima no caso dos direitos fundamentais sem reserva”¹³⁴.

“pacificamente e sem armas”, “todos os alemães”, “armado” e “fontes acessíveis a todos” devem ser consideradas como restrições definitivas a direitos fundamentais estabelecidos diretamente pela Constituição. No caso das restrições por direito infraconstitucional, que são as indiretamente constitucionais, elas decorrem de expressões como “cujo objetivo ou cuja atividade sejam contrário às leis penais”, “prescrições das leis gerais”, “disposições legais para a proteção da juventude” e “direito à honra pessoal”. A expressão mais clara seriam as cláusulas de reserva explícita, que autorizam expressamente intervenções e restrições. A reserva poderá ser simples e qualificada. Estas são as normas que estão à disposição do legislador ordinário. Por fim, as restrições constitucionais podem ser feitas por cláusulas não-escritas. Essas cláusulas têm relação com a restrição de caráter de princípio, como os princípios fundamentais colidentes e outros princípios de hierarquia constitucional (outros valores). Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 209-214), a classificação de Robert Alexy não comporta todas as espécies de forma clara. Por isso propõe a classificação das restrições dos direitos fundamentais em: i- restrição expressamente estatuída pela Constituição: por meio de cláusulas restritivas explícitas (art. 5º, incisos XVI, IV, XV, XVII, XLVI); ii- restrições expressamente autorizadas pela Constituição, que podem ser por reserva legal simples (art. 5º, incisos XV, XVIII) ou qualificada (art. 5º, incisos XIII e XII); iii- restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, que podem ser a- os conceitos indeterminados e institutos jurídicos sujeitos à regulação legal (art. 5º, XLIII, LXVII, XI) - nestas hipóteses há uma configuração legislativa que pode legar a restrições; e 2- os conflitos entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente legítimos. Para J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1274-1275), não existe um padrão ou critérios de soluções de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstratos. Nesse caso, deve-se reconhecer a existência de colisões envolvendo direitos fundamentais e a ponderação no caso concreto seria, assim, necessária.

¹³⁴ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 164. Como conceitua Gavara de Cara (1994, p. 160), “En el caso de las reservas de ley ordinaria será válida cualquier tipo de modificación siempre que no entre en contradicción con la Constitución y esté justificada en la misma. En las reservas de ley cualificada se debe examinar si se han cumplido los presupuestos y objetivos establecidos en la norma que establece el derecho fundamental y si dicho desarrollo está en contradicción con la Constitución y suficientemente justificado en el propio texto constitucional”.

2.4.1 Limites imanentes

A questão dos limites imanentes já foi abordada no transcurso do texto. Entretanto, como é muito referida e porque também pode gerar confusão, já que é utilizada por adeptos da teoria interna e da teoria externa, merece um tópico específico.

A imanência significa o que é inerente, natural e necessário e imanentes seriam aquelas características que estão vinculadas e não podem ser separadas do objeto¹³⁵.

A imanência seria o que está dentro do âmbito delimitado, o que não vai além de si mesmo ou o que está contido dentro. O recurso a essa teoria conduz à identificação de que o âmbito de delimitação do direito fundamental e o de seus limites sejam a mesma coisa, fundindo-se numa coisa só: os limites imanentes.¹³⁶

De um ponto de vista clássico, as intervenções e limitações dos direitos fundamentais são somente admissíveis para compatibilizar a liberdade de um com a liberdade dos demais. Esta idéia de compatibilização é a base para o desenvolvimento do pensamento da imanência dos direitos fundamentais. Nesse contexto, haveria os limites imanentes e os exmanentes. Estes seriam os limites escritos e previstos no próprio texto. O imanentes seriam os limites não escritos¹³⁷.

Como indica Daniel Sarmento,

Tais limites, que representam a fronteira externa dos direitos fundamentais, podem estar definidos expressamente na Constituição, ou dela decorrerem implicitamente, sendo neste caso inferidos da análise da proteção outorgada pela Lei Maior a outros direitos e valores da mesma estatura. (...) a fixação dos limites imanentes é anterior à resolução dos conflitos (...)¹³⁸.

Os limites imanentes seriam, então, aqueles limites que, desde sempre, desde dentro, os direitos fundamentais possuem. Isso quer dizer que as normas

¹³⁵ Cf. GAVARA DE CARA, 1994, p. 273.

¹³⁶ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 86.

¹³⁷ Cf. GAVARA DE CARA, op. cit., p. 273-274.

¹³⁸ SARMENTO, 2001, p. 38-39.

constitucionais de direito fundamental, ao estabelecerem tais direitos, definem as respectivas fronteiras¹³⁹.

Esse conceito, então, aparece, quase sempre, entre os adeptos da teoria interna.

Os limites imanentes são apontados como sendo:

- a) limites de não-perturbação, no sentido de que cada direito seria limitado pela existência de outros direitos, evitando abusos e prejuízos¹⁴⁰;
- b) exigências mínimas da vida em sociedade, que seriam os direitos dos outros, a moral ou a ordem pública, enquanto valores elementares para uma vida em comunidade, uma “cláusula de comunidade”¹⁴¹;
- c) leis gerais, no sentido de que os direitos fundamentais estão (imanentemente) limitados por elas, ou seja, pelas normas ordinárias imperativas, designadamente civis ou penais¹⁴².

¹³⁹ Cf. FREITAS, 2007, p. 83. O autor escreve: “(...) o que se busca conhecer é quais sejam as formas ou modos de exercício de tal direito que estão incluídos no respectivo âmbito de proteção já que, possuindo os direitos fundamentais limites imanentes (...) nem todos os modos de exercício, nem todas as formas pensáveis do direito estão abrangidas na previsão normativa”.

¹⁴⁰ Segundo Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 278-279), a partir da sua teoria sobre o abuso de direito, H.-U. Gallwas tentou desenvolver uma teoria da imanência de caráter geral. Segundo ele, o abuso de direito seria qualquer forma de exercício de um direito que não possa ser subsumida na norma. Essas ações corresponderiam somente aparentemente com o exercício do direito, sendo que, em realidade, seriam apenas a utilização do direito contrária a sua função específica, por isso um abuso do direito. O problema desta teoria estaria na divisão entre o exercício de um direito fundamental admissível e o inadmissível que depende de pré-compreensões e valorações subjetivas. Estas idéias atuariam de forma imanente em relação aos direitos fundamentais.

¹⁴¹ A cláusula de comunidade foi desenvolvida pelo Tribunal Superior Administrativo alemão. Segundo essa cláusula, um direito fundamental não poderia ser invocado quando coloca em perigo um bem jurídico necessário para a comunidade. Estes bens são qualificados como imanentes ou incluídos no interior dos direitos fundamentais, como inerentes a eles. A crítica a essa cláusula era no seguinte sentido: implicaria decisionismo e arbitrariedade, pois implicava a proteção posterior dos interesses individuais em face dos interesses comunitários; afetaria a segurança jurídica, pois seria uma espécie de conceito branco; implicava na transferência de competência do legislador para o tribunal; autorizava um limite com a ausência de um fundamento constitucional. Observa o autor que o Tribunal Constitucional somente aceita limites quando podem ser justificados na própria Constituição, admitindo-se como justificação a existência de direitos fundamentais colidentes de terceiros pessoas e a proteção de outros valores jurídicos de caráter constitucional. Para tanto, o tribunal recorre a critérios interpretativos sistemáticos e ao princípio da unidade da Constituição. Cf. *Ibid.*, p. 173 *passim*.

¹⁴² Para Peter Haberle (2003, p. 51 *passim*), os limites das leis gerais são os limites dos direitos fundamentais conforme à essência. O conteúdo e os limites dos direitos fundamentais obtêm-se a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, no sentido de que os valores jurídicos têm uma íntima conexão, sendo que a parte individual reflete-se no todo. Se os limites admissíveis aos direitos fundamentais são deduzidos do efeito recíproco desses direitos com os bens jurídicos limitadores, necessita-se de uma fórmula mais estreita. A fórmula dos limites imanentes seria apropriada, porque seria manifesta a concreção dos limites admissíveis aos direitos fundamentais como não sendo algo que vem de fora. Observe-se que, nesse processo, a determinação dos limites imanentes é feita por meio da ponderação. O autor escreve: “El legislador que concretiza los límites

Aparentemente, os resultados da visão imanente dos limites dos direitos fundamentais não deveriam ser necessariamente rechaçados. Entretanto, o principal efeito seria o relaxamento dos requisitos exigíveis para a restrição de tais direitos, ou seja, os direitos ficam à disposição da apreciação daquele que restringe.

Isso quer dizer que “(...) la aplicación de la teoría de los límites inmanentes puede conducir a unas conclusiones similares a las que se obtienen de la distinción entre delimitación y límite”¹⁴³.

O conceito de imanência indica que os direitos possuem determinadas características. Se isso é assim, a noção de conflito que dá origem à limitação dos direitos fundamentais desaparece. Isso porque se o direito possui dentro de si o fator que o limita, oculta-se a situação conflitiva que pode implicar a sua restrição. Desse modo, não há como aplicar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, porque não há sentido questionar algo que seria inseparável da coisa.¹⁴⁴

Os limites imanentes, entretanto, embora seu uso seja mais coerente com os adeptos da teoria interna, também aparecem nos adeptos de teorias externa¹⁴⁵.

Para José Carlos Vieira de Andrade, “(...) os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria (mesmo quando os recebe)”¹⁴⁶. Esses limites imanentes seriam apresentados como conflitos de direitos e valores constitucionais ou como colisões de direitos, entretanto, não seriam a mesma coisa¹⁴⁷. Para este autor, a

inmanentes a los derechos fundamentales, no lesiona éstos, no los ´relativiza´, sino que los reafirma y asegura, los ´determina´, más bien. Los límites inmanentes son ´consecuencia´ del concepto de derecho fundamental”.

¹⁴³ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 94.

¹⁴⁴ Cf. Ibid., p. 96.

¹⁴⁵ Embora esse conceito não devesse fazer parte de adeptos dessa teoria. Como indica Virgilio Afonso da Silva (2006, p. 37), os limites imanentes não são passíveis de convivência com termos como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento, porque, quando se parte da teoria interna, que elaborou o conceito, que sustenta que direito e limites são uma coisa só, isso exclui fatores externos impondo restrições.

¹⁴⁶ ANDRADE, 2004, p. 292.

¹⁴⁷ Cf. Ibid., 294-295. Este autor escreve: “Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrificios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? (...)” e “Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos e valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a protecção esse tipo de situações”. O autor prefere considerar a existência de limites

apresentação de determinadas situações como colisões seria criticável, porque se trataria de um problema de interpretação de cada um dos direitos fundamentais no contexto global das normas constitucionais. Deve-se perguntar se o programa normativo inclui ou não um certo modo de exercício, ou seja, até onde vai o domínio de proteção da norma¹⁴⁸.

A concepção dos limites imanentes, como concebida por José Carlos Vieira de Andrade, é acompanhada por Wilson Antônio Steinmetz. Como o autor anterior, este afirma que a maioria dos autores não faz uma diferenciação entre limites imanentes e colisão de direitos fundamentais, o que estaria errado. Segundo ele, os limites imanentes são distintos das colisões de direitos fundamentais caso justifiquem-se restrições legislativas sem reserva de lei. Ele afirma que “(...) o legislador poderá instituir limites aos direitos fundamentais sem reserva de lei, porque tais limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição como um todo (...)”¹⁴⁹.

Conforme observa Jane Reis Gonçalves Pereira, contudo, os limites imanentes, quando operados por adeptos da teoria externa, nada mais seriam que o âmbito máximo de proteção do direito. Em verdade, segundo ela, tudo depende da concepção que se adota. Para quem admite a impossibilidade de restrição dos direitos fundamentais não sujeitos a reserva legal, a tendência seria afirmar que os limites imanentes são limites internos, que se confundem com a esfera de proteção

imanentes implícitos, sempre que se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum a Constituição proteger um certo bem.

¹⁴⁸ ANDRADE, 2004, p. 292-297.

¹⁴⁹ STEINMETZ, 2001, p. 43. Suzana de Toledo Barros (2003, p. 162 *passim*) possui entendimento semelhante, embora isso não fique muito claro. Ela admite a existência de restrições aos direitos fundamentais, mas também fala em limites imanentes. Segundo a autora, existem as restrições expressas e as tácitas, que seriam os chamados limites imanentes dos direitos fundamentais ou limites constitucionais não escritos. A sistemática seria a seguinte: a- restrições ou limites expressos: diretamente pela Constituição e indiretamente, pela lei; b- restrições ou limites implícitos (limites imanentes). Para ela, os limites constitucionais não-escritos ou limites imanentes estariam relacionados com os problemas de conflitos. Aqui, deveriam ser tomados em consideração dois princípios de interpretação constitucional que se acham correlacionados: o princípio da unidade da Constituição e o princípio da concordância prática. No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 159), embora rejeitem a idéia de limites imanentes, uma vez que excluem do âmbito de proteção determinadas condutas. Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 77) também tem postura semelhante, sem mencionar o termo limites imanentes, observando que muitas questões seriam apenas conflitos aparentes, daí a necessidade da precisa identificação do âmbito de proteção. Por exemplo, para ele, é inadmissível que a poligamia seja fundamentada na liberdade de religião; que a liberdade científica seja exercida em detrimento do patrimônio alheio ou que se pratique um assassinato no palco em nome da liberdade artística. O autor escreve: “Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”.

do direito (teoria interna)¹⁵⁰. Para quem admite a restringibilidade, os limites seriam limites externos, estranhos ao conteúdo do Direito (teoria externa).

Considerando isso, certos autores sequer abordam o tema, como Alexy e Borowski. Isso porque a idéia de limites imanentes como resultado de restrições ou ponderações soa contraditória¹⁵¹. Jane Reis Gonçalves Pereira escreve:

(...) i) ou se adota a teoria interna, entendendo-se que tais limites estão preestabelecidos na Constituição, e então são mesmo intrínsecos e inerentes, ii) ou se entende que os direitos são restringíveis, estando sujeitos a ponderações e limitações, e, então, os limites que resultam das restrições já não podem ser chamados de imanentes, precisamente porque são apurados *a posteriori*¹⁵².

Daí mais adeptos da teoria interna manejarem o conceito. Ou seja, a idéia de limites intrínsecos encontra-se no cerne da concepção que recusa a restringibilidade dos direitos não submetidos à reserva legal¹⁵³.

A crítica à teoria dos limites imanentes é a mesma que se faz ao suporte fático restrito, porque, como a estrutura dos princípios é aberta e flexível e não

¹⁵⁰ A identificação dos limites internos, âmbito de proteção e limites imanentes, em verdade, como observa Gavara de Cara (1994, p. 159 passim), não pode acontecer. Caso isso seja admitido, dá ensejo a toda a confusão que se quer superar. Como observa este autor, há dois tipos de limites: os internos e os externos. Os limites internos seriam aqueles que servem para determinar o conteúdo do direito e se aplicam aos casos em que o exercício do direito não pertence ao âmbito jurídico específico, uma situação de não direito. Por exemplo, o direito de reunião pacífica e em armas impede que se possa exercer o direito de reunião de forma violenta ou com armas. Os limites internos *estariam expressos no texto constitucional* e não seriam supostos de delimitação. Eles poderiam ser assim considerados somente nos casos em que o texto fixe o alcance e o conteúdo do direito, ou seja, "(...) lo que no sea subsumible en el supuesto de hecho del derecho no son límites, sino supuestos de no derecho". Os limites externos ou intervenções em sentido estrito são normas infraconstitucionais que modificam algum dos elementos configuradores do direito fundamental. Os limites externos são impostos pelo ordenamento ao exercício legítimo e ordinário dos direitos fundamentais. O principal problema aqui, entretanto, é a existência dos limites implícitos, que são justificados pela necessidade de proteger outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos. Para o autor, os limites implícitos não podem ser considerados como pressupostos para a teoria dos limites imanentes. Esta teoria pretende que, ao estarem dentro de um ordenamento, os direitos fundamentais devem conciliar-se com os restos dos bens jurídicos. Os limites implícitos devem proteger bens constitucionais e a teoria dos limites imanente dirige-se à proteção de bens infraconstitucionais. Para ele, ainda, os limites internos estão expressos no texto constitucional, não podendo ser considerados supostos de limitação dos direitos fundamentais em sentido estrito. Todavia, os limites internos já foram identificados com os limites imanentes. Isso possibilitava a existência de limites internos aos direitos fundamentais sem que estivessem estabelecidos direta e expressamente pela Constituição.

¹⁵¹ Cf. PEREIRA, 2006, p. 191.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Cf. Ibid.

possui um campo de incidência bem delimitado, essa tarefa de delimitação prévia, ou *a priori*, é muito difícil, senão impossível¹⁵⁴.

2.4.2 Colisões envolvendo direitos fundamentais

Além das restrições ou limitações aos direitos fundamentais, de forma direta ou por reserva legal expressa, elas podem advir da colisão entre direitos fundamentais.

Aqueles que não querem admitir a existência de colisões entre os direitos fundamentais recorrem ao conceito de limites imanentes ou à concepção de um suporte fático restrito. Quem opta pela concepção do suporte fático amplo, inevitavelmente deverá enfrentar a temática das colisões envolvendo direitos fundamentais.

A hipótese do monitoramento do e-mail do empregado pelo empregador (item 4.3), porque implica num conflito entre os direitos à privacidade daquele e o direito à propriedade deste, enquadra-se neste tipo.

Como decorrência das características expostas no primeiro tópico, os conflitos entre princípios não podem ser resolvidos pelos critérios tradicionais de resolução de antinomias – critério cronológico, critério da especialidade e critério hierárquico –, aplicáveis as regras.

Como indica Daniel Sarmento, o critério cronológico não serve porque as normas da Constituição são editadas em um único momento. O critério da especialidade só serve para os casos em que envolvem normas antagônicas do tipo geral e especial e que só se aplica no caso das antinomias do tipo total-parcial (quando o âmbito de validade de uma norma está compreendido no interior do âmbito de validade de outra). Essa espécie, contudo, não é comum entre os princípios constitucionais, que normalmente implicam em antinomias parcial-parcial (quando as normas ostentam âmbitos de validade em parte igual e em parte diferente). Por fim, o critério hierárquico também não é aplicável, porque, ainda que

¹⁵⁴ Cf. SARMENTO, 2001, p. 39-40. Este autor dá como exemplo os princípios que regem a ordem econômica brasileira, no art. 170, da Constituição Federal. Fora de qualquer contexto fático, não é possível definir os limites dos princípios da livre iniciativa, busca do pleno emprego, defesa do consumidor etc, a fim de evitar a possibilidade de conflitos no caso concreto.

algumas normas tenham um maior destaque, não há autorização expressa da Constituição para que sejam escalonadas em diferentes graus. Além disso, a inexistência de hierarquia absoluta entre as normas constitucionais decorre do princípio da unidade da Constituição¹⁵⁵.

A diferença entre regras e princípios, então, fica clara nos casos das colisões e conflitos. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma regra, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. Ao contrário das regras, as colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa. Quando dois princípios colidem, um deles terá que ceder e isso não significa que será declarado inválido, nem que deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Isso é possível porque o conflito entre princípios ocorre na dimensão de peso¹⁵⁶.

Essas colisões somente poderão ser resolvidas considerando o caso concreto.

Segundo Robert Alexy¹⁵⁷, as colisões de direitos fundamentais podem ser estrita ou ampla. Ela será denominada estrita quando a colisão ocorrer entre direitos fundamentais apenas. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem quando o exercício ou a realização de um direito fundamental de um titular tem conseqüência negativa sobre outros direitos fundamentais de outros titulares. Essas colisões podem tratar-se dos mesmos direitos fundamentais¹⁵⁸ ou de direitos fundamentais diversos¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Observa o autor que há uma exceção, que se refere às emendas constitucionais. Nesse caso, o novo princípio, introduzido por uma emenda constitucional, poderá revogar, no todo ou em parte, o anterior, desde que este não seja uma cláusula pétrea. O critério hierárquico, por outro lado, implica na rejeição da emenda, caso ela pretenda revogar uma cláusula pétrea. SARMENTO, 2001, p. 41.

¹⁵⁶ ALEXY, 2008, p. 93-94.

¹⁵⁷ Id., 1999, p. 68-69.

¹⁵⁸ Haveria quatro tipos de colisões de direitos fundamentais idênticos. 1- quando está, em ambos os lados, afetado o mesmo direito fundamental. Por exemplo, quando dois grupos hostis pretendem manifestar-se, no mesmo local e ao mesmo tempo, e há perigo de confronto. 2- quando um direito de defesa liberal de um confronta-se com o direito de proteção de outro. Por exemplo, atira-se num seqüestrador para salvar a vida do refém. Aqui, há o direito à vida do seqüestrador e de outro a do refém. Por outro lado, a vida do refém poderia ser salva apenas atendendo-se as exigências do seqüestrador. Há, contudo, um dever de proteção diante dos demais cidadãos, que exigem que o Estado não faça nada que venha a estimular outros seqüestros. 3- quando um direito fundamental tem um lado negativo e outro positivo. Por exemplo, a liberdade de crença, que significa a prática de uma crença, como também não ter uma crença e ser poupado de praticar uma. Exemplo disso seria o Estado poder ordenar que nas salas de aula de escolas públicas se coloque uma cruz. 4- quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental um fático. Por exemplo, o auxílio de custas processuais. Se considerada a igualdade jurídica, quando o Estado não financia o pagamento, pobres e ricos são tratados iguais. Considerada, contudo, a igualdade fática, há um tratamento desigual. Se o Estado fomenta, trata-se os ricos juridicamente de outra forma. Isso depende então do

A colisão será ampla quando ocorrer entre direitos fundamentais e qualquer outra norma ou princípio que tenha como objeto bens coletivos¹⁶⁰.

Segundo Juan Carlos Gavara de Cara, “La *colisión de derechos fundamentales* se da cuando el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un titular impide o perjudica el ejercicio de otro derecho fundamental de otro titular, siendo indiferente que se trate del mismo derecho o de otro distinto” e “Los *conflictos entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales* se dan cuando el ejercicio de un derecho fundamental implica una contradicción o un perjuicio de un bien jurídico protegido por el texto constitucional”¹⁶¹.

As colisões que se cuidam são, então, aquelas que envolvem conflitos entre direitos fundamentais e direitos fundamentais e outros bens constitucionais.

A dificuldade está em se saber quando e qual o direito ou bem há de prevalecer no caso de uma colisão. Como indica Robert Alexy, todas as soluções de colisões somente podem ser feitas de uma maneira, que é a limitação ou sacrifício de um direito. Não há fórmulas gerais e abstratas, pois não há e não pode haver uma preferência de um direito a outro de forma abstrata. A questão deverá, então, ser resolvida por meio do caso concreto, com observância dos princípios da proporcionalidade, com especial ênfase para a ponderação¹⁶².

entendimento acerca do princípio da igualdade, pois se ela for a fática e a jurídica, haveria um paradoxo. ALEXY, 1999, p. 69-70.

¹⁵⁹ Entre as colisões de direitos fundamentais diferentes de titulares diferentes, a colisão da liberdade de manifestação de opinião com os direitos fundamentais do afetado pela opinião teria destaque. Ainda, quando são considerados os direitos de liberdade e igualdade, como no caso de aplicar a proibição de discriminação à ordem jurídica. Por exemplo, há colisão entre a autonomia privada do empregador e o direito de tratamento igual do empregado. *Ibid.*, p. 70-71.

¹⁶⁰ Exemplo desse tipo de colisão seria em que proporção e como o legislador pode proibir ao proprietário o aproveitamento de seu terreno que prejudique a água subterrânea. Tem-se aqui bem coletivo ecológico em confronto com o direito à propriedade. Os bens coletivos também não são só adversários, podendo aparecer pressupostos. Por exemplo, o dever da indústria de tabaco colocar advertências sobre o prejuízo à saúde em seus produtos. Trata-se de uma intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco, um direito fundamental. A justificação está na proteção da saúde da população, um bem coletivo. *Ibid.*, p. 68 *passim*. No mesmo sentido, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 93-94), que fala em dois tipos de colisões de direitos fundamentais. Uma delas seria denominada de colisão entre os próprios direitos fundamentais. Aqui, o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outros direitos fundamentais. Por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (art. 5º, IX, da CF/88) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88). A outra ele denomina de colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Aqui, há colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais individuais contrapostos a interesses da comunidade, reconhecida, também, pela Constituição. Saliente-se que, trata-se exclusivamente daqueles protegidos pela Constituição. Escreve o autor: “Somente a necessidade de salvaguardar estes últimos justifica a restrição de direitos fundamentais quando colidentes com valores comunitários”.

¹⁶¹ GAVARA DE CARA, 1994, p. 288-289.

¹⁶² ALEXY, 1999, p. 73.

A opção e necessidade do método da ponderação também são apontadas por Daniel Sarmiento. Segundo este, a resolução dos conflitos entre princípios requer uma análise da situação concreta, porque esse tipo de tensão só pode ser analisado considerando as variáveis fáticas. A técnica de decisão que, sem desconsiderar os aspectos normativos, atribui relevância às questões fáticas é a ponderação¹⁶³.

Num primeiro momento, verifica-se se o caso concreto está compreendido na esfera da proteção de um princípio e, caso esteja, passa-se à ponderação propriamente dita. Com ela, o intérprete impõe compressões recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos, objetiva chegar a um ponto ótimo, com vista que a restrição seja mínima, observando que “O nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente”¹⁶⁴.

Conforme Robert Alexy, como os direitos fundamentais são vinculativos, ou seja, possuem justiciabilidade¹⁶⁵ e como os direitos fundamentais têm caráter de

¹⁶³ SARMENTO, 2001, p. 55.

¹⁶⁴ Ibid., p. 56.

¹⁶⁵ O problema das colisões desapareceria caso se declare que todas as normas de direito fundamentais não vinculam, no sentido de que seriam apenas problemas políticos ou morais. Uma solução, assim, no Brasil, seria inaceitável, por conta do artigo 5º, §1º, da CF/88, que declara todos os direitos fundamentais como diretamente aplicáveis. Mas, além disso, a justiciabilidade de tais direitos deve ser sempre exigida, porque os “Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo” e “A institucionalização inclui necessariamente justicialização”. Outro caminho, seria afirmar que a justiciabilidade não precisa ser total ou ampla, no sentido de que ela está nos direitos clássicos e não nos direitos fundamentais. Essa solução também não serve, porque o problema das colisões não estaria totalmente solucionado; colisões estatal-sociais restariam possíveis, caso a maioria parlamentar tivesse tal projeto; o social teria diante do liberal pouca força; e as colisões estatal sociais só não teriam lugar caso o legislador renunciasse completamente à atividade social. A principal razão para se rejeitar a eliminação da justiciabilidade está na possibilidade da eliminação do direito constitucional. Se algumas normas não são levadas a sério é difícil fundamentar porque outras normas devem ser levadas. Haveria, aqui, uma ameaça de dissolução da constituição. ALEXY, op. cit., p. 73-74.

princípios¹⁶⁶, a solução para os conflitos que os envolvem só pode ser a ponderação¹⁶⁷.

A finalidade de uma ponderação em direitos fundamentais é, então, averiguar entre os interesses de caráter superior aquele que tem preferência na situação de conflito. A crítica a essa “opção” pelos conflitos envolvendo direitos fundamentais para justificar as restrições estaria na necessidade de resolvê-los mediante a ponderação, que estabelecerá uma preferência, sem estabelecer regras sobre a utilização da argumentação e pelo princípio da proporcionalidade¹⁶⁸.

A ponderação será novamente tratada no próximo capítulo (item 3.3.2.3), como subprincípio do princípio da proporcionalidade, ou seja, um dos limites dos limites.

¹⁶⁶ Pela definição da teoria dos princípios, estes são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível. Eles seriam mandamentos de otimização, ou seja, podem ser preenchidos em graus distintos, sendo que a medida depende das possibilidades fáticas e jurídicas (estas são determinadas por regras e princípios opostos). Esse preenchimento em graus leva ao procedimento da ponderação para a solução da colisão de princípios. Escreve: “Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderação no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação”. Já as regras são normas que ou são cumpridas ou não cumpridas. Se ela valw, é ordenado que se faça aquilo que ela pede. As regras são mandamentos definitivos e a forma de aplicação é a subsunção. ALEXY, 1999, p. 74-75.

¹⁶⁷ Luis Prieto Sanchís (2003, p. 216) associa a necessidade da ponderação a determinadas concepções acerca do papel da Constituição e que se ligam à discussão das concepções sobre o neo-constitucionalismo. Segundo ele, “(...) el juicio de ponderación puede verse como una pieza esencial del neoconstitucionalismo, de un modelo de organización política que quiere representar un perfeccionamiento de Estado de Derecho, dado que si es un postulado de este último el sometimiento alcance también al legislador; y no sólo por la vía del recurso abstracto contra leyes, sino, sobre todo, convirtiendo los principios y derechos constitucionales en parámetros de enjuiciamiento independientes para resolver cualquier género de conflicto”.

¹⁶⁸ GAVARA DE CARA, 1994, p. 283-285.

3 LIMITES DOS LIMITES

3.1 SOBRE OS “LIMITES DOS LIMITES” AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os limites e restrições, considerados os direitos fundamentais como regras e princípios e um suporte fático amplo, são possíveis e necessários. Por outro lado, os direitos fundamentais não podem ficar à disposição do legislador ou julgador, sob pena de perderem seu significado. Para tanto, há limites para as restrições ou limitações. Com isso, pretende-se diluir aquela contradição aparente apontada em algumas passagens do capítulo anterior. A atividade de desenvolvimento dos direitos fundamentais, portanto, está sujeita a limitações: são os “limites dos limites”.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins alertam para a necessidade de tais limites e escrevem:

Já se afirmou acima que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional.¹⁶⁹

Além disso, a admissão da restringibilidade dos direitos fundamentais traria um paradoxo. Isso porque se a constitucionalização dos direitos visa fazê-los atuar como mecanismo de contenção do poder estatal, a noção de que podem ser limitados implica uma contradição. Isso, então, é resolvido com a idéia de que a atividade limitador também é limitada. Daí os “limites dos limites”, expressão da dogmática germânica, que seriam obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais^{170 171}.

¹⁶⁹ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 167.

¹⁷⁰ Cf. PEREIRA, 2006, p. 297 et. seq.

¹⁷¹ Como afirma Ingácio de Otto y Pardo (1988, p. 126-127), os limites dos limites existem porque se assim não fosse, os direitos fundamentais não teriam nenhuma resistência frente aos demais bens constitucionalmente protegidos. Ocorre que por conta do princípio da unidade da Constituição, não é lógico supor que um direito afirme-se contraditoriamente frente a outros bens constitucionalmente protegidos e daí a necessidade de admitir seu caráter limitável. Porém, há necessidade de uma concordância entre todas as normas, no sentido de que nenhum direito pode ser sacrificado

Segundo Jorge Reis Novais, as restrições, qualquer que seja o tipo, têm que preencher os requisitos constitucionais, formais e materiais, “(...) os chamados, recorrendo à terminologia germânica, limites aos limites dos direitos fundamentais”¹⁷². Como indica José Joaquim Gomes Canotilho, “Depois de determinado o âmbito de protecção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através de lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados”¹⁷³.

Por previsão expressa da Constituição de Portugal, segundo o autor português, as restrições

(...) não podem violar os princípios da necessidade ou indispensabilidade, da generalidade e da abstracção e têm que observar as garantias da não retroactividade, da não diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e da reserva de lei parlamentar¹⁷⁴.

De toda sorte, consoante ele, esse princípios e garantias, mesmo que a Constituição não previsse nada, pelo fato de se tratar de requisitos decorrentes do princípio da repartição própria do Estado de direito, seriam obrigatórios¹⁷⁵.

O ordenamento alemão, como o português, expressamente, também trata da questão. Na Alemanha, a previsão está contida no artigo 19, da Constituição, que traria, por conta da redação, várias idéias gerais:

- a) a possibilidade de limitações;
- b) a necessidade de lei (ou em virtude de lei);
- c) o legislador teria a competência geral;
- d) prévia habilitação constitucional;
- e) necessidade de se citar o direito fundamental;
- f) resguardo do conteúdo essencial.

inteiramente. Nesse contexto, os limites dos limites inserem-se como necessidade de justificação, porque uma limitação que desconheça o direito por definição nunca poderá ser justificada

¹⁷² NOVAIS, 2003, p. 727.

¹⁷³ CANOTILHO, 2003, p. 451.

¹⁷⁴ NOVAIS, loc. cit. No mesmo sentido, observa Edilson Pereira de Farias (1996, p. 77). Para ele, com base no art. 18, n.º 02 e 03, da Constituição Portuguesa de 1976, as restrições ou limites às restrições seriam: a- a restrição tem que ser autorizada pela Constituição; b- deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos, ou seja, trata-se de máxima da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso, que seriam a limitação feita por lei ou com base na lei, adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida); c- as leis têm de se revestir de um caráter geral e abstrato, ou seja, não podem ser individuais e concretas; d- não podem ter efeitos retroativos; e e- não podem diminuir a extensão e o alcance do núcleo essencial.

¹⁷⁵ Cf. NOVAIS, loc. cit.

Em Portugal, conforme disciplina do artigo 18, da Constituição portuguesa de 1976, além dos requisitos contidos no ordenamento alemão, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e não podem ter efeitos retroativos¹⁷⁶. Na Espanha, não haveria regra específica¹⁷⁷, embora o artigo 53.1 da Constituição fale em regulação, mediante lei e conteúdo essencial.

No Brasil, embora não haja regramento específico, as restrições também estão sujeitas a limites formais e materiais. É o que observa Luiz Fernando Calil de Freitas, para quem

(...) ainda que não expressa em nossa Constituição qualquer normatização acerca dos limites a serem observados na limitação e restrição aos direitos fundamentais, a respectiva necessidade é decorrência implícita da norma constante no caput do artigo 1º da Constituição da República, segundo a qual República Federal do Brasil é um Estado Democrático de Direito¹⁷⁸.

No mesmo sentido, escreve Jane Reis Gonçalves Pereira, segundo a qual

Na ordem constitucional brasileira não existe referência expressa ao regime jurídico das restrições fundamentais. Não obstante, tais garantias defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito, uma vez que consubstanciam exigências fundamentais a proteção dos direitos e liberdade constitucionais¹⁷⁹.

Esses limites passam pela discussão do princípio da reserva de lei restritiva, pelo princípio da proporcionalidade e pelo dever de proteção do conteúdo essencial¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Cf. LUQUE, 1993, p. 14.

¹⁷⁷ Segundo Luis Aguiar de Luque (op. cit., p. 15-16), a Constituição espanhola seria menos clara e sistemática que aquelas duas, o que daria mais possibilidade para o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais. Entretanto, este autor vai apresentar como limites dos limites os mais consagrados, ou seja, também na Espanha há necessidade de observância dos limites dos limites.

¹⁷⁸ FREITAS, 2007, p. 186.

¹⁷⁹ PEREIRA, 2006, p. 300-301.

¹⁸⁰ Os autores apontam outros limites, além dos três abordados. Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas (op. cit., p. 213-223) as restrições seriam inconstitucionais caso desrespeitem o dever de razoabilidade, o princípio do não-retrocesso social e, por fim, a dignidade humana. Jorge Reis Novais (2003, p. 729 et. seq.) fala em princípio da proibição de excesso (que inclui: princípio da idoneidade ou da aptidão; princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo; princípio da razoabilidade; princípio da determinabilidade - na dimensão de proibição do excesso; além da garantia do conteúdo essencial e do princípio da proporcionalidade); princípio da igualdade (que inclui: exigência de generalidade e abstração das leis restritivas); princípio da proteção da confiança (que inclui proibição de retroatividade das leis restritivas). José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 312 et. seq.) afirma que a lei restritiva deve ser geral, abstrata e irretroativa, em regra. Ainda, apesar de não haver referência expressa na Constituição Portuguesa, a lei restritiva, por conta da função da reserva de lei formal,

3.2 A RESERVA DE LEI RESTRITIVA

A reserva de lei para as restrições aos direitos fundamentais estaria fundamentada nos artigos 5º, II, 62, II, “a”, 68, §1º, II, da CF/88, além do princípio do Estado Democrático de Direito e da consequência lógica por conta da necessidade dos direitos expressamente sujeitos à reserva de lei¹⁸¹.

A reserva da lei seria norma limitadora das possibilidades de limites e restrições aos direitos fundamentais¹⁸².

Hoje, seria aceita a idéia de que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por meio de lei em sentido formal, sejam restrições expressamente autorizadas, sejam restrições autorizadas implicitamente¹⁸³. A lei formal seria sempre aquela proveniente dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante. Chega-se a denominar isso de princípios da “reserva de lei restritiva”¹⁸⁴.

deve ter uma densidade suficiente, ou seja, um certo grau de determinação do seu conteúdo. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 440-467) fala também de um princípio da proibição de retrocesso, em especial no que se refere aos direitos fundamentais sociais. Dentre outros. Neste trabalho, entretanto, não serão tratados todos os limites apontados pela doutrina, porque referem-se a particularidades das Constituições respectivas, porque não são tratados por todos os autores, como ocorre com os três limites abordados e porque não afetarão na análise das quatro hipóteses decididas pelo Tribunal Superior do Trabalho e na conclusão do trabalho.

¹⁸¹ Cf. FREITAS, 2007, p. 187 e PEREIRA, 2006, p. 305.

¹⁸² Cf. FREITAS, loc. cit.

¹⁸³ Veja-se que, mesmo quando se adota a teoria dos limites imanentes, o princípio da reserva legal é apontado como necessário, como questão inerente aos “limites dos limites imanentes”. Como afirma Mariano Bacigalupo (1993, p. 312), questiona-se quanto aos “limites imanentes”, se eles delimitam ou traçam a extensão do âmbito de proteção do direito fundamental ou se, pelo contrário, limitam verdadeiramente o campo de garantia do direito. A resposta tem importância porque leva a necessidade ou não da reserva de lei genérica. Como escreve o autor, “Si se sostiene que los ‘límites inmanentes’ tan sólo trazan la extensión del ámbito de protección del derecho, no podrá operar la reserva de ley para la limitación del mismo y sí lo deberá haber si se afirma lo contrario”. A formulação dessa conclusão teria sentido antes. O autor observa, contudo, que ela perdeu a importância a partir do momento que o Tribunal Constitucional Alemão passou a adotar a teoria da essencialidade. Ocorre que, atualmente, independentemente dos limites imanentes traçarem apenas a extensão do âmbito de proteção do direito ou de que o limitem, a reserva de lei genérica deverá operar em todo caso. Isso porque seria essencial para a realização dos direitos fundamentais tanto o traçado da extensão do seu campo de garantia como sua limitação. Para o autor, então, se é assim, a distinção entre os direitos fundamentais que estão submetidos a reserva de limitação legal e aqueles outros que não estão, seria reduzida ao fato, já que em todo caso somente o legislador pode limitá-lo, de que os primeiros são para salvaguardar bens ou valores que não tenham caráter constitucional e os segundos quando o bem ou valores tenha caráter constitucional.

¹⁸⁴ PEREIRA, 2006, p. 302-303. Segundo observa Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 67-70), atualmente, o direito constitucional admite o exercício de parte da função legislativa pelo Executivo. Assim, segundo o critério formal, a lei não é apenas aquela editada pelo Poder Legislativo. No atual

Com indica Guilherme Peña de Moraes, as restrições sempre dependem de uma reserva legal expressa ou devem estar baseadas numa lei, no sentido de que, na hipótese de colisão, quando há reserva legal expressa, deve ser feita a restrição por lei, pois “(...) a determinação do alcance material dos direitos em conflito deve ser realizada pelo legislador infraconstitucional, de acordo com os limites, explícitos ou implícitos, contidos na Constituição”. E, na hipótese de colisão, sem reserva legal expressa, a restrição deveria ser feita com base numa lei, ou seja, “(...) a determinação do alcance material dos direitos em conflito deve ser estabelecida pelo intérprete, com atenção aos, dentre outros, princípios da unidade da Constituição, de concordância prática e da razoabilidade”¹⁸⁵.

Observe-se que, para Luiz Fernando Calil de Freitas, não é suficiente que se trate de lei, “(...) é preciso que a lei seja clara, geral e abstrata, voltada à produção de efeitos no futuro, (...)”¹⁸⁶. Nesse contexto, a restrição legislativa somente será válida se for clara, determinada, geral e abstrata, sendo que tais exigências ligam-se ao Estado Democrático de Direito.

Gilmar Ferreira Mendes fala em limitações implícitas para apresentar a proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Isso quer dizer que as restrições devem ser estabelecidas por lei que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração. Essas exigências derivariam do postulado material da

contexto, todo ato emanado dos órgãos aos quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso dessa competência, será lei, ou seja, o critério é a origem e a forma determinados. Escreve: “A lei, portanto, no Estado contemporâneo, é definida pela sua origem (alargada), forma e força. Não mais pelo seu conteúdo ou em virtude de seus atributos (generalidade, abstração, impessoalidade)”. A Constituição brasileira continua o autor, adotaria um conceito material de lei, significando ato, em geral normativo, capaz de inovar a ordem jurídica (ato legislativo), ou seja, com o sentido de ato dotado de força de lei. No Brasil, fora a emenda constitucional, todas as espécies elencadas no art. 59 da Constituição Federal são lei. “Quanto às demais espécies normativas, são lei, enquanto emanções de órgãos dotados de competência legislativa (atos legislativos). Algumas são lei material, orgânica e formalmente. Outras assumem apenas uma ou duas dessas características. Mas todas são lei. Como se pode perceber, o conceito de lei vem sofrendo profundo processo de mutação”. Por outro lado, se todas essas espécies são atos legislativos, conforme convencionou-se, *apenas a lei complementar e a ordinária são leis formais*. O autor escreve: “Trata-se de estabelecer, em virtude de convenção firmada pelos juristas, a distinção entre lei (ato legislativo) – gênero – e lei formal (ato legislativo) – espécie. Ora, a lei formal (emanação do Poder Legislativo, detento da função legislativa ordinária), que exprime no contexto democrático pluralista um processo público geral (já que dele participa a generalidade dos sujeitos políticos), não é outra coisa senão o modo como se coordena o maior número de interesses particulares”. Assim, “(...) a lei formal é espécie de ato legislativo definida pela origem (ato do Congresso Nacional), pela forma (forma de lei complementar ou ordinária), pelo procedimento (devido processo legislativo: ato público em que o debate prece a vigência), pela força (força ativa e passiva de lei), assim como pela natureza (ato complexo)”.

¹⁸⁵ MORAES, 2000, p. 66.

¹⁸⁶ FREITAS, 2007, p. 189.

igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário e traduz uma exigência do Estado de Direito democrático¹⁸⁷.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, uma lei restritiva seria inconstitucional quando:

- a) impor restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas;
- b) impor restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, ainda que não determinadas, podem ser determináveis por intermédio da conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento de sua entrada em vigor.

Observe-se que o critério não é a formulação ou o enunciado da lei, mas o seu conteúdo e respectivos efeitos¹⁸⁸.

A maior controvérsia, nesse campo, fica por conta da possibilidade da Administração Pública editar medidas restritivas.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira, o princípio da reserva legal significa a impossibilidade de a Administração Pública adotar medidas restritivas de direitos fundamentais sem fundamental legal ou Constitucional. No Brasil, não há um conjunto de preceitos regulamentando a questão das limitações, contudo, o art. 5º, II, da CF/88, estampa, de forma genérica, o princípio da legalidade na sua dimensão de reserva de lei. Além disso, a exigência de lei formal pode ser extraída, em matéria de direitos fundamentais, de outros dispositivos, como art. 62, II, que veda a edição de medidas provisórias em matérias de nacionalidade, cidadania e direitos políticos e o artigo 68, §1º, II, que proíbe a delegação em matérias de nacionalidade, direitos políticos, direitos individuais e eleitorais. Por fim, a reserva de lei seria uma consequência lógica por conta da necessidade do direitos expressamente sujeitos à reserva de lei. Se isso é aplicável quando há autorização expressa, também deve ser naquelas implícitas¹⁸⁹. Para ela, a noção da reserva legal, então, tem duas consequências:

¹⁸⁷ MENDES, 2004, p. 73-74.

¹⁸⁸ CANOTILHO, 2003, p. 455.

¹⁸⁹ PEREIRA, 2006, p. 305.

- a) a impossibilidade de se estabelecerem delegações normativas nessa área;
- b) a impossibilidade de a lei conferir ao Administrador o poder de decidir, discricionariamente, acerca das restrições concretas a direitos fundamentais¹⁹⁰.

Ressalte-se que, a mesma autora afirma que esse princípio deve ser matizado, por conta de atos tipicamente discricionários e da crise da repartição de funções. Isso implica no fato de que não é possível uma resposta apodíctica¹⁹¹.

Da mesma forma, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem que a lei deve ser aquela editada pelo Parlamento, a lei formal. Estes autores, entretanto, admitem que o legislativo delegue ao executivo algumas tarefas, por conta do art. 68 da Constituição Federal de 1988¹⁹².

Para Jorge Reis Novais, a reserva de lei deve ser admitida num sentido amplo, ou seja, haveria casos em que a “lei administrativa” deveria ser admitida. Segundo o autor, por conta das transformações estruturais do Estado contemporâneo, haveria necessidade da “lei administrativa”. Isso porque, a reserva de lei “anterior”, ou seja, do parlamento, seria estruturalmente incompatível na atualidade.. Isso porque, “(...) na passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito, se alteraram as concepções relativas ao âmbito de liberdade individual constitucionalmente protegida (...)”. Teria havido um alargamento espacial e funcional da reserva de lei clássica. Além disso, a separação de poderes, originária do dualismo/rivalidade entre Parlamento e Executivo também teria sido relativizada¹⁹³.

Considerando o princípio da reserva de lei, continua Jorge Reis Novais, cabe ao legislador parlamentar antecipar as colisões envolvendo direitos fundamentais e resolvê-los normativamente. Há, todavia, outras situações que estes requisitos não foram, não podem ou não devem ser integralmente preenchidos. Nestes casos, pode ser que uma solução constitucionalmente adequada tem ou deve ser encontrada pelos poderes constituídos. É certo que, com o tempo, o legislador democrático preencha as lacunas, mas restará sempre alguma margem irreduzível. Ou seja, não é pelo fato de inexistir uma lei restritiva que a colisão de bens não tem de ser

¹⁹⁰ PEREIRA, 2006, p. 306.

¹⁹¹ Ibid., p. 307.

¹⁹² DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 161-162.

¹⁹³ NOVAIS, 2003, p. 823 et. seq.

resolvida. Segundo o autor, o apego formalista a uma concepção rígida da reserva de lei poderá conduzir à impossibilidade de decisão constitucionalmente adequada¹⁹⁴.

Para tentar resolver essa questão, nesse campo, ainda, fala-se numa teoria da essencialidade. Conforme observa Juan Carlos Gavara de Cara, para determinar o alcance de uma lei, na utilização de uma reserva de lei, o Tribunal Constitucional alemão elaborou a teoria da essencialidade. Segundo essa teoria, o Parlamento deve adotar, em todos os âmbitos e no âmbito dos direitos fundamentais, as decisões básicas, importantes ou essenciais. Isso quer dizer que o Parlamento não precisa adotar todas as decisões de uma maneira completa no desenvolvimento normativo do direito fundamental, de tal modo que exclua o desenvolvimento por parte do Executivo. Assim, caberia ao Legislativo as decisões básicas mediante lei e ao Executivo a adoção das decisões não básicas mediante regulamento¹⁹⁵.

Nesse contexto, como observa Luis Fernando Calil de Freitas, a administração poderá atuar no âmbito de direitos fundamentais para resolver conflitos entre normas constitucionais, nos casos concretos. O que não se pode admitir, contudo, é a atuação do administrador restringindo direitos fundamentais de forma genérica, abstrata e impessoal. O autor escreve:

Destarte, a prática de atos que importe afetação desvantajosa de direitos fundamentais sem expressa ou implícita autorização constitucional e legal fica impossibilitada, sem embargo de poder à Administração Pública, para

¹⁹⁴ NOVAIS, 2003, p. 841-842.

¹⁹⁵ Segundo o mesmo autor, para o Tribunal em questão, as fórmulas originárias sobre a reserva de lei, baseadas na liberdade e propriedade devem ser abandonadas, devendo ser fixado um novo fundamento, com um caráter democrático e com base no princípio do Estado de Direito. Nesse contexto, a reserva de lei do Parlamento deve ser delimitada a decisões do essencial. Segundo o Tribunal, ainda, o conceito do que seja essencial não pode ser uniforme e fixo e dependerá daquele que o próprio Parlamento determinar. Nesse contexto, a possibilidade de adoção de decisões por parte do executivo no âmbito de reserva de lei em matéria de direitos fundamentais dependerá de uma autorização legal, da compatibilidade constitucional e que o Legislativo já tenha adotada a decisão básica essencial. Os critérios para a compatibilidade dessa autorização seriam: as medidas adotadas frente aos perigos e problemas que se trata de solucionar; da importância do bem jurídico constitucional que se trata de proteger; e dos mecanismos de regulação adotados no passado em relação ao mesmo problema. Embora haja tais critérios, há dificuldade em determinar o que é essencial, tendendo a doutrina a definir como aquilo que o Tribunal diz que é e o Tribunal a dizer que é aquilo que o Parlamento considera. Essa teoria sofre algumas objeções: a- representaria uma nova definição da relação entre a competência de intervenção em um direito fundamental e a obrigação de intervenção por parte do Poder Legislativo; b- haveria uma certa variação na relação entre reserva de lei geral e reserva de lei em matéria de direitos fundamentais. A primeira admite certos graus de relatividade e a segunda exigia uma estrita lei formal que se estendia à regulação de todos os aspectos de desenvolvimento do direito. Com a teoria da essencialidade, a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais não seria entendida de forma distinta; c- fazem-se necessárias novas relações entre lei e regulamento. *Ibid.*, p. 154-158.

solucionar casos concretos afetos às suas atribuições, ter acesso direto às normas constitucionais se e quando ocorrentes colisões de direitos fundamentais. Em tais situações, a mesma autorização implícita à lei restritiva, possibilita o ato administrativo que veicula ponderação dos bens em conflito de molde a concretizar as normas constitucionais aplicáveis à espécie. O que já não se admite como possível é a atuação do administrador com foros de restrição genérica, abstrata e impessoal, eis que tanto somente a lei pode chegar em decorrência do princípio da legalidade. Nesse sentido, o recurso legislativo ao uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados possibilita à Administração concretizar a norma a partir de ponderações efetivadas com base nas circunstâncias do caso concreto. Tais atos administrativos, por certo, submetem-se ao controle judicial feito a partir do princípio da proporcionalidade¹⁹⁶.

Com isso, o autor quer dizer que, num caso concreto, mesmo inexistindo previsão expressa legislativa, o poder público pode usar o poder de polícia para proibir que uma casa noturna realize, por exemplo, um espetáculo. O que não se admite é a normatização, por ato que não seja lei em sentido formal, visando salvaguardar outros bens constitucionais. Isso cabe, somente, ao Legislativo¹⁹⁷.

Além disso, como indica Jane Reis Gonçalves Pereira, o controle de constitucionalidade, já intenso nos casos em que as reservas legais são implícitas, será mais intenso ainda na atuação do Poder Executivo. A autora escreve:

De fato, o poder de conformação do legislador manifesta-se de modo particularmente claro no caso das reservas legais expressas. Mas ainda nos casos em que os direitos não ostentam reservas explícitas, há um espaço de decisão no qual o legislador pode efetivar ponderações, havendo certa margem de manobra para coordenar a proteção dos direitos individuais e a promoção de metas coletivas. Já quando se trata de aferir a legitimidade constitucional da atuação do Poder Executivo, essa noção não é aplicável, cabendo um controle mais intenso por parte do Judiciário¹⁹⁸.

Resumindo, a restrição ou limitação aos direitos fundamentais, em regra, por conta de um princípio da reserva de lei restritiva, significa a reserva de lei do parlamento, ou seja, a lei em sentido formal e material (abstrata e geral). Em qualquer outra situação, por conta da necessidade de uma relativização desse princípio, o controle por parte do Poder Judiciário deverá ser potencializado.

¹⁹⁶ FREITAS, 2007, p. 188. No mesmo sentido, PEREIRA, 2006, p. 308-309.

¹⁹⁷ FREITAS, loc. cit. É o que consta na nota de n.º 691: "Figure-se aqui a hipótese de que casa noturna realize espetáculos que, de alguma forma, exponham pessoas a situações ofensivas à dignidade humana. A inexistência de expressa previsão legislativa em tal sentido, a nosso juízo, não obsta de forma absoluta a que o poder público, no exercício do poder de polícia, pratique ato administrativo tendente a fazer cessar tal atividade. O que não seria admissível é a normatização, por ato que não seja lei em sentido formal, de tais comportamentos: tal tarefa, por certo restritiva de direitos fundamentais, ainda que visando à proteção de outros ou de bens constitucionalmente protegidos, incumbe ao Poder Legislativo".

¹⁹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 310.

Tratando-se de direitos fundamentais, há toda uma dogmática especial, não podendo tais direitos ficarem à disposição da Administração Pública ou do Judiciário.

No presente trabalho, será demonstrado, por exemplo, que a Súmula 85 do Tribunal do Trabalho “cria” uma restrição ao direito fundamental, desrespeitando o princípio da reserva legal de lei restritiva, ao admitir que, em determinadas hipóteses, de forma geral e abstrata, as horas extras prestadas sejam remuneradas apenas com o adicional e não com a hora cheia, mais o adicional. No máximo, o Tribunal poderia, no caso concreto, resolver conflitos envolvendo direitos fundamentais¹⁹⁹.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.3.1 Questões preliminares e fundamento

O princípio da proporcionalidade também é um dos limites dos limites dos direitos fundamentais e é referido por todos os autores que tratam da matéria. Embora haja referência maciça, não há muito consenso. Os autores discutem sobre

¹⁹⁹ Observe-se que toda vez que houver referência ao princípio da reserva legal, pode-se argumentar que ele estaria bastante relativizado. Neste caso, a edição de súmulas não seria tão grave. Entretanto, a questão não tem sido tratada dessa forma. Por exemplo, a recente discussão sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade. Segundo o artigo 7º, inciso XXIII, é devido o pagamento do adicional de remuneração para as atividades consideradas insalubres. Até pouco tempo, o Tribunal Superior do Trabalho entendia que o adicional de insalubridade incidiria sobre o salário mínimo, conforme entendimento contido na Súmula 228, ou seja, considerava constitucional a redação do artigo 192, da CLT. Entretanto, ambos, Súmula e artigo celetista, em razão do artigo 7º, inciso IV, da CF/88 e da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, de 04/05/2008, foram considerados inconstitucionais. Então, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a Súmula 228, em junho de 2008, afirmando que o adicional deveria incidir sobre o salário base ou contratual, ou seja, sobre todas as verbas salariais, salvo se houver critério mais vantajoso fixado por meio de convenção coletiva. Contudo, após a interposição de uma Reclamação Constitucional (n.º 6266) pela Confederação Nacional da Indústria, a Súmula 228/TST, já alterada, teve sua aplicação suspensa, *porque não haveria lei permitindo a referida interpretação*, ou seja, não haveria lei permitindo a incidência do adicional de insalubridade sobre todo o salário base. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal, a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante 4, porquanto não permitiria a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa. Resumindo, a interpretação está suspensa e, agora/novamente, as empresas podem continuar aplicando no cálculo do adicional de insalubridade as mesmas bases que vinham praticando, dentre as quais o salário mínimo. Com tudo isso, demonstra-se que o princípio da reserva legal ainda tem sua aplicação garantida. Cf. FEIJÓ, 2008. FEIJÓ; TEIXEIRA, 2009. FEIJÓ, 2009.

sua origem, terminologia, fundamentos e sobre seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A questão terminológica apresenta dois problemas. O primeiro refere-se à referência “princípio”, no sentido de se saber se se trata de um princípio propriamente dito.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a utilização do termo princípio pode ser errônea, especialmente quando se adota o conceito de princípio em contraposição ao conceito de regra jurídica. O alerta tem fundamento no fato de que o princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, uma vez que não pode produzir efeitos variados, já que deve ser aplicado de forma constante. Nesse contexto, o autor prefere o termo regra, utilizando regra da proporcionalidade²⁰⁰.

Esse alerta é feito, também, por Robert Alexy, por isso prefere máxima da proporcionalidade:

A máxima da proporcionalidade é com freqüência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras²⁰¹.

Humberto Ávila, por sua vez, utiliza o termo dever, referindo-se a dever de proporcionalidade. Segundo este autor, o dever de proporcionalidade não é uma norma-princípio e não é uma norma-regra. O dever de proporcionalidade seria um postulado²⁰². Virgílio Afonso da Silva não concorda com o termo “dever”, embora não seja equivocado, porque

O termo é, sem dúvida, correto, mas limita-se a contornar o problema e não resolve. Se se fala em *dever*, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou

²⁰⁰ SILVA, 2002, p. 25.

²⁰¹ ALEXY, 2008, p. 117, nota 08.

²⁰² Para Humberto Ávila (2001, p. 23-25), o dever de proporcionalidade não é princípio pelas mesmas razões expostas no texto e não é regra porque não estabelece um conteúdo à conduta humana ou à aplicação de outras normas. Segundo ele, “O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo”, porque “(...) impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se estipula”.

princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas um regra. O termo mais apropriado, então, é *regra da proporcionalidade* (...) ²⁰³.

Por outro lado, o termo “princípio” também é usado para dar uma conotação especial, visando conferir importância a um conceito, ou seja, não como contrapostos ao conceito de regra ²⁰⁴.

Como não há nenhum óbice nesse sentido, desde que não se confunda com a distinção feita no item 2.1 desta dissertação e até porque a maioria dos autores faz referência ao princípio, a terminologia que aqui será utilizada será princípio da proporcionalidade e subprincípios.

Outra questão quanto à terminologia, refere-se à utilização do princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade. Essa questão é mais problemática e poderia levar à sua utilização como mero instrumento retórico.

Como observa Jane Reis Gonçalves Pereira, a possibilidade de tratar ou não os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos é controversa. De acordo com ela, o único consenso seria que ambos estão vinculados à ideia de justiça, de moderação e racionalidade, sendo parâmetros para aferição da constitucionalidade de atos administrativos, decisões judiciais e leis ²⁰⁵.

Na doutrina brasileira, inclusive, haveria grande tendência em considerar a razoabilidade e a proporcionalidade como categorias intercambiáveis, inclusive as decisões do Supremo Tribunal Federal não estabeleceriam distinção entre os dois princípios ²⁰⁶.

Nesse grupo, enquadra-se Luis Roberto Barroso, que se refere ao princípio da razoabilidade. O princípio da razoabilidade (que, em linha gerais, manteria relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade) teria a origem e o desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal material, o que remeteria ao direito norte-americano. Na Europa continental e no Brasil, conforme o autor, a referência é ao princípio da proporcionalidade ²⁰⁷.

²⁰³ SILVA, 2002, p. 26.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ PEREIRA, 2006, p. 312.

²⁰⁶ Ibid., p. 314.

²⁰⁷ Segundo o autor, no direito norte-americano, o princípio do devido processo legal é marcado por duas grandes fases: uma estritamente processual e outra de cunho substantivo. Ao lado do princípio da igualdade perante a lei, a versão substantiva tornou-se um importante instrumento da defesa dos direitos individuais. Por essa versão, procede-se ao exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral, no sentido de que a cláusula enseja a

Para Virgílio Afonso da Silva, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade não são a mesma coisa, inclusive a origem não seria a mesma. Segundo este autor, a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e não é uma simples pauta, no sentido de que os atos estatais devem ser razoáveis. O princípio da proporcionalidade possui uma estrutura racionalmente definida, com elementos independentes²⁰⁸.

O problema da confusão seria que, como o princípio da razoabilidade significaria um argumento retórico, no máximo uma análise de compatibilidade entre meios e fins, a sua utilização é menos criteriosa e não sistemática. A sistematicidade do princípio da proporcionalidade estaria garantida pela observância dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁰⁹.

Inclusive, para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, não há necessidade de se perquirir sobre um eventual princípio da razoabilidade. De acordo com eles, “O controle apurado da adequação da medida absorve o controle da razoabilidade. Uma medida não razoável jamais poderá ser considerada adequada, mas muitas

verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados e a aferição da legitimidade dos fins. Somente se presentes as condições, pode-se admitir a limitação do direito individual. Naquele país, o reconhecimento da dimensão substantiva teria passado por três fases distintas e a utilização ou não da dimensão substantiva dependia muito de questões políticas, conforme utilização por parte da Suprema Corte. O autor observa que, no Brasil, a trajetória do princípio da razoabilidade teria sido acanhada, por conta do apego a certos dogmas da separação de poderes. Entretanto, ao longo do tempo, houve aplicação, especialmente de forma implícita ou até inconsciente. A Constituição de 1988, como as outras, não traz referência expressa. Ocorre que, nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, referente à Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou, expressamente, de diversos projetos, inclusive o que foi, ao final, aprovado pela Comissão de Sistematização, no art. 44. A redação final da Constituição de 1988, entretanto, não faz menção expressa ao princípio, mas traz o art. 5º a cláusula do devido processo legal, no inciso LIV. Nesse contexto, haveria duas linhas de pensamento. Um primeiro, baseado na tradição alemã, para quem o princípio integra o direito constitucional brasileiro, devendo ser aplicado em qualquer caso, porque inerente ao Estado de Direito. Um segundo, baseado na doutrina norte-americana, extrai o princípio da cláusula do devido processo legal, por conta do caráter substantivo da cláusula. BARROSO, 1996, p. 125 passim. No mesmo sentido, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 71-75), segundo a qual os americanos falam em princípio da razoabilidade e os alemães utilizam o termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o mesmo princípio. José Afonso da Silva (2000, p. 340) também faz referência ao princípio da razoabilidade, fundado na cláusula do devido processo legal e que põe em destaque a relação meios e fins.

²⁰⁸ Cf. SILVA, 2002, p. 30-31. No mesmo sentido, ÁVILA, 2001, p. 03 passim.

²⁰⁹ SILVA, op. cit., p. 31. No mesmo sentido, STEINMETZ, 2001, p. 192 e PEREIRA, 2006, p. 312 et seq. Ricardo Lobo Torres (2002, p. 427 passim), define a razoabilidade de forma semelhante, mas dá significativa importância ao princípio que, em conjunto com a ponderação, seria um dos princípios de legitimação de todos os outros princípios constitucionais, sendo que “A legitimação do Estado de Direito; fundado no contrato social e na liberdade, igualdade e fraternidade, que havia chegado ao impasse no período de vigência do positivismo jurídico (de meados do séc. XIX a meados do séc. XX), renova-se sob a perspectiva do séc. XX. A legitimação passa fundar-se no neocontratualismo e na afirmação procedimental da liberdade, da justiça e da segurança jurídica, o que postula a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade, entre outros”.

medidas razoáveis podem revelar-se inadequadas para alcançar o propósito almejado”²¹⁰.

Quanto ao fundamento, no Brasil, como em grande parte dos textos constitucionais, não há menção expressa ao princípio, mesmo assim, ele é aplicável.

A Constituição Federal de 1988 teria assimilado as tendências do Direito Constitucional mundial, pós 2ª guerra mundial, dando ênfase à dignidade humana, concebendo-a como princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e aos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e expectativa de expansão (art. 5º, §2º)²¹¹. A Constituição de 1988 também previu a garantia de eternidade (art. 60, §4º, inc. IV), o princípio da reserva legal (art. 5º, inc. II), o princípio da proteção judiciária (art. 5º, inc. XXXV), instrumentos processuais tendentes a coibir omissão legislativa (art. 5º, inc. LXXI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §3º) e explicitou a garantia do devido processo legal para restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, inc. LIV). O princípio da proporcionalidade teria assento justamente nesse contexto normativo. Ele seria uma garantia especial, que traduziria a exigência da necessidade, adequação e justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes²¹².

Para Paulo Bonavides, o fundamento para o princípio da proporcionalidade está no Estado de Direito. Conforme ele, a adoção desse princípio seria a nota mais distintiva do “novo” Estado de Direito, um Estado de Direito material. Esse princípio teria a grande capacidade de conciliar o direito formal com o direito material, visando

²¹⁰ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 210.

²¹¹ Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (op. cit., p. 193), a aplicabilidade da proporcionalidade teria dois argumentos. O primeiro seria o vínculo direto do legislador aos direitos fundamentais, por conta do art. 5º, §1º, da CF/88. O legislador, por esse vínculo, deve respeitar, ao mesmo tempo, todos os direitos fundamentais e, em caso de colisão, tem o poder e dever de limitar os direitos fundamentais na estrita medida do necessário, ou seja, ele deve otimizar o exercício dos direitos fundamentais. “O caminho para tanto é respeitar o critério da proporcionalidade”. O segundo fundamento possível estaria no art. 5º, §2º, da CF/88, que reconhece garantias e direitos fundamentais não previstos na Constituição. A proporcionalidade seria decorrência da necessidade de harmonizar os direitos fundamentais com bens jurídicos conflitantes contemplados pelo texto constitucional com os seus limites ou entre os direitos fundamentais que colidam por conta do controle das intervenções legislativas.

²¹² Cf. BARROS, 2003, p. 95-97. A mesma autora, entretanto, apresenta, também, como fundamentos do princípio em questão a reserva legal e o Estado de Direito. Segundo ela, o princípio da proporcionalidade complementaria o princípio da reserva legal (art. 5º, inc. II), de modo a convertê-lo em princípio da reserva legal proporcional ou devido processo legal substancial. Ocorre que a reserva legal não é suficiente para evitar a edição de leis excessivas ou desnecessariamente restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer restrições. Por fim, a proporcionalidade seria um princípio concretizador do Estado de Direito, que sempre buscou meios técnicos para a defesa dos direitos fundamentais.

prover exigências de transformações sociais, que seriam juridicamente incontroláveis caso não fosse concebido²¹³. Para ele, um novo Estado de Direito decorre da plenitude da constitucionalidade material e o princípio da proporcionalidade estaria inserido nessa constitucionalidade, sendo o instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos nos espaços abertos pela Constituição pelas reservas de lei²¹⁴.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, essa gama de dispositivos (inclusive aponta outros mais que seriam indicados por autores) pode até exigir que a atividade legislativa e executiva seja controlada. Entretanto, não há resposta para a razão de esse controle ser feito pela aplicação do princípio ou regra da proporcionalidade e não por outro método. Ocorre que uma fundamentação jurídico-positiva estaria fadada a ser infrutífera nesse campo²¹⁵.

Humberto Ávila chega a afirmar que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva decorre de uma interpretação e aplicação equivocada do princípio²¹⁶.

A exigibilidade da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não estaria num dispositivo, mas na estrutura dos direitos fundamentais²¹⁷.

É o que escreve Robert Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza²¹⁸.

²¹³ BONAVIDES, 1994, p. 282.

²¹⁴ Para esse autor, ainda, além de estar fundamentado no Estado de Direito o princípio da proporcionalidade também é fundamento do Estado do Direito. Ibid., p. 289. Para ele, além disso, o princípio da proporcionalidade encontra assento em vários dispositivos constitucionais, como incisos V, X e XXV do art. 5º, IV, V e XXI, do art. 7º, §3º, do art. 36, inciso IX, do art. 37, dentre vários outros. Por outro lado, na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, que busca evitar arbítrios do poder, ele estaria implícito e positivo no Direito Constitucional. Por fim, ele também fluiria do art. 5º, §2º, da CF/88. Id., 2008, p. 434-436.

²¹⁵ SILVA, 2002, p. 43.

²¹⁶ ÁVILA, 2001, p. 04.

²¹⁷ SILVA, op. cit., p. 43-44. Segundo este, “Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, (...) admite-se que eles são *mandamentos de otimização*, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades *fáticas e jurídicas*. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação”. No mesmo sentido, ÁVILA, loc. cit.

²¹⁸ ALEXY, 2008, p. 116-117.

A máxima da proporcionalidade seria uma implicação lógica e normativa dos princípios. Enquanto mandatos de otimização, os princípios exigiriam as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, devem ser realizados na melhor medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes²¹⁹.

3.3.2 Os subprincípios da proporcionalidade

As principais discussões, aqui, envolvem os subprincípios do princípio da proporcionalidade, que, normalmente, seriam ignoradas pelos Tribunais²²⁰.

O princípio da proporcionalidade possui três dimensões²²¹, subprincípios ou princípios parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, que atuam de forma subsidiária, no sentido de que se deve observar a ordem em que serão examinados, sob pena de não se chegar ao próximo.

A análise da necessidade só será feita se constatada a adequação do meio utilizado ao fim pretendido. Se a análise do exame da adequação demonstre que o meio utilizado é inadequado, o princípio da proporcionalidade restará afetado e se torna desnecessário o exame dos demais subprincípios. Se o meio é adequado, passa-se à análise da sua necessidade. Se o meio for considerado desnecessário, ou seja, for considerado exagerado, porque existe um meio menos agressivo e que

²¹⁹ ALEXY, 2004, p. 38. No mesmo sentido, STEINMETZ, 2001, p. 171. PEREIRA, 2006, p. 322. Bacigalupo (1993, p. 300), para quem esse princípio decorreria também do princípio do Estado de Direito e mais tarde da própria essência dos direitos fundamentais.

²²⁰ Cf. SILVA, 2002, p. 34. Com isso, o autor quer dizer também que toda vez que se afirma que deve ser observado o princípio da razoabilidade, desconsidera-se esses subprincípios. Essa deficiência está presente, por exemplo, no julgamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o monitoramento do e-mail do empregado pelo empregador. Este Tribunal, embora tenha feito referência ao princípio da proporcionalidade, no julgamento, não mencionou os subprincípios que devem ser observados (item 4.3 desta dissertação).

²²¹ Como aponta Virgílio Afonso da Silva (op. cit., p. 35), nessa campo, haveria três tendências diversas: 1- adota-se a divisão em 3 sub-regras; 2- adota-se apenas as duas primeiras e aqui estariam os críticos do sopesamento; 3- identifica-se um elemento adicional, que seria a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 198-199), o exame da proporcionalidade deve ser feito em quatro passos sucessivos: 1- licitude do propósito perseguido (avalia-se o caráter constitucionalmente aceitável do propósito a que se quer chegar com a intervenção é lícito); 2- licitude do meio utilizado (o meio não poderá ser reprovado pelo ordenamento constitucional); 3- adequação do meio utilizado e 4- necessidade do meio utilizado. Os autores rejeitam expressamente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

produz o mesmo resultado, novamente, o princípio da proporcionalidade estará afetado e a medida é considerada inconstitucional. Novamente, é desnecessário o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Somente se o meio for adequado e necessário, passa-se ao exame do subprincípio da proporcionalidade²²².

O princípio da proporcionalidade passa, portanto, pelo subprincípio da adequação; subprincípio da necessidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

3.3.2.1 O subprincípio da adequação do meio

O princípio da adequação do meio também é denominado de princípio do emprego do meio necessário para o fim buscado ou da idoneidade, da pertinência ou aptidão.

A adequação do meio empregado significa saber se o meio possibilita o alcance do propósito buscado²²³. Esse princípio estabelece que, no caso concreto, verifique-se se a afetação desvantajosa foi produzida com o emprego de meio apto a promover o atingimento da finalidade buscada, no sentido de se saber se o meio eleito é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido²²⁴.

Observe-se que para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, antes da análise da adequação, que seria um terceiro passo, devem ser seguidos outros dois, que seria a perquirição sobre a licitude do propósito perseguido e a licitude do meio utilizado²²⁵. Primeiro, avalia-se o caráter constitucionalmente aceitável do propósito a que se quer chegar com a intervenção, ou seja, se é lícito. Segundo os autores, interessa apenas a questão da conformidade entre o fim (e o meio) e o ordenamento

²²² Cf. FREITAS, 2007, p. 207. No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34), complementando que “A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”.

²²³ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 206.

²²⁴ Cf. FREITAS, op. cit., p. 208.

²²⁵ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 199-205.

jurídico vigente. O termo licitude do fim (e do meio) seria no sentido de autorização constitucional para busca, ou seja, se o fim é constitucionalmente admitido e se o mesmo vale para o meio escolhido. Em resumo, exige-se que o fim não entre em choque contra nenhum dispositivo em sentido formal, ou seja, contra a ordem jurídica constitucional. O segundo seria constatar se o meio não poderá ser reprovado pelo ordenamento constitucional.

Jane Reis Gonçalves Pereira, de forma diferente, analisa a idoneidade do meio e fim em conjunto com a adequação. Para ela, então, o subprincípio da adequação significa que toda restrição aos direitos fundamentais deve ser idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo²²⁶. Isso implica o preenchimento de dois requisitos:

- a) atingimento de um fim constitucionalmente legítimo;
- b) que seja um meio instrumentalmente adequado à obtenção desse fim.

O primeiro passo então deve ser:

- a) identificar qual o fim buscado pela medida restritiva;
- b) verificar se este fim é consentâneo com o sistema constitucional²²⁷.

Após a existência da legitimidade, exige-se que seja aferida a aptidão da medida para o atendimento do objetivo perseguido, ou seja, se os instrumentos são adequados. Isso se busca com base em referências fáticas, cabendo ao Judiciário ter em consideração o conhecimento científico e as convicções sociais vigentes no momento da decisão²²⁸.

A análise, aqui, será do ponto de vista técnico, exclusivamente, considerando conhecimentos científicos sobre o ambiente natural e social ou os derivados da experiência²²⁹.

Laura Clérico fala em versões débil e forte desse subprincípio²³⁰. Pela forte, o subprincípio será atendido se o meio for eficaz para atingir o fim pretendido de forma

²²⁶ Segundo a autora, sobre o fim constitucionalmente legítimo, há controvérsia se são aqueles fins que não são proibidos explícita ou implicitamente pela Constituição ou se são legítimos apenas os fins efetivamente autorizados pelo sistema constitucional. PEREIRA, 2006, p. 325.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Cf. Ibid., p. 329.

²²⁹ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 103.

plena. Para a concepção débil, o meio deveria apenas contribuir para o atendimento, ou seja, pode ser apenas parcial. A maioria da doutrina adotaria a concepção débil²³¹.

Com base na concepção débil, “(...) o controle judicial do requisito da idoneidade deve pautar-se por uma ‘lógica de evidência’, isto é, os Tribunais devem invalidar decisões legislativas apenas naqueles casos em que se revelem manifestamente inadequadas para a obtenção dos fins colimados”²³².

Para Luis Prieto Sanchís, a falta de adequação está ligada a interferências gratuitas ou claramente ineficazes. O autor escreve:

(...) dado el carácter fundamentalmente técnico y empírico del juicio de idoneidad, procede mantener también un criterio respetuoso con el legislador: no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces²³³.

Segundo Virgilio Afonso da Silva, a discussão acerca do atingimento do objetivo de forma total ou parcial por parte do meio empregado decorre de um erro de interpretação das decisões do Tribunal Constitucional Alemão. Para o autor, o verbo alemão que é utilizado para designar a adequação seria “fördern”, que significaria fomentar e não alcançar como estaria sendo traduzido. Assim, o adequado não é somente o meio que leva ao alcance do objetivo, mas o meio utilizado que fomenta a busca de um objetivo, promove, ainda que ele não seja completamente alcançado²³⁴.

Outra discussão relevante seria sobre a verificação do subprincípio com base numa perspectiva “ex ante” ou “ex post”, ou seja, se deve ser feita com base nos conhecimentos vigente à época da elaboração da norma (“ex ante”) ou no momento

²³⁰ Apud PEREIRA, 2006, p. 329.

²³¹ Cf. Ibid., p. 330.

²³² Ibid. Possui esse entendimento Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 103), para quem o meio eleito pode servir parcialmente a realização da meta, não havendo a necessidade de que a realize completamente.

²³³ PRIETO SANCHIS, 2003, p. 200.

²³⁴ O autor escreve: “(...) de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por *alcançar*. *Fördern* significa fomentar. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (p. 36). Assim, “(...) uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” SILVA, 2002, p. 37. Segundo ele, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 78) e Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 150) cometeriam esse erro, o que os aproximaria da concepção forte do princípio.

da apreciação de sua constitucionalidade (“ex post”). Isso quer dizer que a verificação “ex ante” considera os conhecimentos disponíveis no momento da aprovação da norma. De acordo com a verificação “ex post”, a análise considera os conhecimentos disponíveis no momento da apreciação da constitucionalidade, utilizando, inclusive, informações concernentes aos efeitos que a norma produziu. Boa parte orientar-se-ia a favor da perspectiva “ex ante”, mas isso implicaria em desconsiderar a inconstitucionalidade superveniente²³⁵.

Nesse sentido, escreve Jorge Reis Novais:

De nossa parte, concordando com a atribuição da devida relevância aos juízos de prognose feitos no momento em que o autor da restrição representa os seus previsíveis efeitos, já não nos parece justificar-se qualquer condescendência para com os poderes públicos responsáveis pela restrição, não apenas a partir da altura em que o juiz comprova a inaptidão da medida restritiva – e essa é também posição sustentada por doutrina significativa –, mas também a partir do momento em que os mesmos poderes públicos poderiam, objectivamente, ter verificado a inidoneidade do meio e, não havendo razões para, num e no outro caso, crer na reversibilidade da situação, devessem tê-lo anulado. Significa isto que o decurso do tempo pode criar circunstâncias de verificação que determinem que uma medida restritiva cujos efeitos se destinem a perdurar, ainda que não seja considerada inapta no momento da sua criação à luz dos prognósticos feitos com base nos conhecimentos e experiência disponíveis – e, por esse facto, não inconstitucional *ex tunc* –, se venha a revelar inidônea e, como tal, inconstitucional a partir do momento em que essa verificação foi ou poderia objectivamente ter sido feita²³⁶.

Em sentido contrário, escreve Suzana de Toledo Barros, para quem

O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Sob esse prisma, é lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislador tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos²³⁷.

Independentemente das polémicas expostas, o meio será adequado se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas pela realidade. Os meios que não tiverem uma conexão fundada em hipóteses comprovadas pela realidade,

²³⁵ Cf. PEREIRA, 2006, p. 334-335, que adota uma perspectiva “ex post”.

²³⁶ NOVAIS, 2003, p. 739-740.

²³⁷ BARROS, 2003, p. 80.

ou seja, inadequados, serão considerados desproporcionais, logo inconstitucionais²³⁸.

3.3.2.2 O subprincípio da necessidade do meio

O subprincípio da necessidade do meio refere-se à proibição de adoção de meio excessivamente gravoso, ou seja, que produza uma afetação desvantajosa que poderia ser menor, caso o meio fosse outro²³⁹.

O princípio da necessidade decorre do fato de que o princípio da adequação poder levar à aceitação de meios muito repressivos, ou seja, de uma ampla gama de meios, muitas vezes desproporcionais. Daí a necessidade de se verificar a necessidade do meio empregado²⁴⁰. Esse segundo princípio está ligado ao fato de que a ação do filtro anterior é muito escassa²⁴¹.

Esse segundo exame está ligado ao caráter negativo do princípio da adequação, que, em verdade, detecta apenas os meios que não são idôneos para atingir o fim pretendido²⁴².

O legislador deve optar, então, pela restrição que seja menos lesiva para os direitos fundamentais, por meio de uma análise comparativa entre os diversos meios. Além de uma análise de elementos de caráter empírico, há a análise de caráter valorativo. A valoração material ocorre porque a análise da gravidade de uma limitação, em relação a outra, implica num juízo de valor²⁴³.

O atendimento ao requisito da necessidade teria duas fases:

- a) exame para saber se os meios cogitados são igualmente idôneos ao adotado pelo legislador;

²³⁸ Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 205.

²³⁹ Cf. FREITAS, 2007, p. 209.

²⁴⁰ Cf. DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 215. Veja-se que para esses autores o critério da necessidade é decisivo e permitiria realizar um controle profundo e exigente, decidindo, ao final, se o meio é proporcional aos propósitos que se perseguem.

²⁴¹ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 103.

²⁴² Cf. ALEXY, 2004, p. 41.

²⁴³ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, op. cit., p. 104 passim.

- b) perquirir se algum desses meios afeta os direitos fundamentais em menor escala²⁴⁴.

Na primeira fase, busca-se a escala de idoneidade e se há um coeficiente de idoneidade. Jane Reis Gonçalves Pereira escreve:

(...) em primeiro lugar, é preciso que o meio alternativo usado como parâmetro de comparação ostente um grau superior ou idêntico de idoneidade ao daquele empregado pelo legislador; e, em segundo lugar, a comparação entre o meio alternativo e o meio cuja constitucionalidade é questionada deve ser promovida desde todas as perspectivas possíveis²⁴⁵.

Os meios de difícil efetivação ou com custos muito elevados²⁴⁶ devem ser excluídos. O meio escolhido pelo legislador será rejeitado apenas se sua idoneidade for igual ou menor que o meio alternativo e se tiver maior onerosidade que o meio alternativo²⁴⁷.

Na segunda fase, analisa-se a onerosidade, que pode ser vista do ponto de vista material, temporal, espacial e pessoal. Do ponto de vista material, analisa-se a intensidade e a dimensão da repercussão negativa; do ponto de vista temporal e espacial, analisa-se a incidência do gravame no tempo e no espaço; e do ponto de vista pessoal, analisa-se se a medida apenas afeta as pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. Por fim, deve ser adicionado o critério da probabilidade, que se refere a menor ou maior possibilidade de um meio revelar-se lesivo²⁴⁸⁻²⁴⁹.

Wilson Antônio Steinmetz fala de quatro essenciais, no princípio da necessidade:

- a) ingerência ou intervenção mínima;
- b) haveria ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa (princípio da desconfiança);

²⁴⁴ Cf. PEREIRA, 2006, p. 339.

²⁴⁵ Ibid., p. 340.

²⁴⁶ Para DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 222, a questão dos meios menos onerosos não pode ser aceita como premissa inquestionável. O problema dependerá do “quantum” da maior onerosidade.

²⁴⁷ Cf. PEREIRA, op. cit., p. 341.

²⁴⁸ Cf. Ibid., p. 342.

²⁴⁹ Como afirma Robert Alexy, no caso da necessidade, há problemas de prognósticos e, muitas vezes, aparecem meios mais benignos ao direito fundamental afetado, mas que implicam na restrição de um terceiro princípio. ALEXY, 2004, p. 43-46. Semelhante alerta é apresentado por DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 208. Esses casos levariam a uma maior margem de atuação do legislador.

- c) comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição (se adota o critério da menor prejudicialidade, se houver empate, verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz);
- d) um juízo empírico indica qual é o meio menos prejudicial²⁵⁰.

Por fim, como indicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a verificação da necessidade seguiria a regra do ônus argumentativo. De acordo com esta regra, a premissa da necessidade de uma medida pode ser falseada por quem demonstre a existência de um meio que seja menos intenso, com quem recai o ônus da argumentação. De todos os meios adequados, somente aquele que interferir no direito fundamental de forma menos intensa será o necessário. Os demais, embora adequados, são desnecessários e desproporcionais, logo inconstitucionais²⁵¹.

3.3.2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

O dever de proporcionalidade em sentido estrito seria a relação custo benefício existente entre o resultado obtido e a afetação desvantajosa²⁵².

Enquanto os subprincípios da adequação e da necessidade implicam na exigência da maior realização possível em relação às possibilidades fáticas, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito buscaria a maior realização das possibilidades jurídicas²⁵³. Por isso, a proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização em relação aos princípios que jogam em sentido contrário.

A aplicação dos dois princípios anteriores não resolve as questões de conflitos. Ocorre que o princípio da necessidade complica-se no momento em que há a existência de distintas opções, em face de diversas implicações entre bens ou direitos que estão relacionados ou à margem do direito fundamental limitado e daquele protegido. Por exemplo, uma medida alternativa adotada, igualmente apta, mas menos limitadora, pode implicar simultaneamente depreciar outros bens. A

²⁵⁰ STEINMETZ, 2001, p. 151.

²⁵¹ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 216.

²⁵² Cf. FREITAS, 2007, p. 211.

²⁵³ ALEXY, 2004, p. 48.

restritiva, por sua vez, pode ter uma carga inferior de restrição em outros bens. Dai a necessidade desse terceiro subprincípio²⁵⁴.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa a lógica do raciocínio ponderativo e seria a parte final do processo de solução da antinomias entre princípios constitucionais. Segundo esse princípio, “(...) uma restrição a direitos fundamentais é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção”²⁵⁵. Ou seja, “(...) efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que a ele antagoniza e que serve de fundamento à restrição”²⁵⁶. Isso quer dizer que a medida restritiva deve compensar os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais.

O princípio em questão trata da ponderação. Segundo Luis Prieto Sanchís,

Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. En consecuencia, la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto, dado que, si no fuese así, si existiera un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico” e “(...) en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto (...)”²⁵⁷.

Como informa Ana Paula de Barcellos, a ponderação teria três etapas:

- a) a identificação das normas relevantes em conflito e o seu agrupamento conforme a solução que sugiram;
- b) exame das circunstâncias concretas do caso e as suas repercussões sobre as normas;

²⁵⁴ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 107. No mesmo sentido, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 84-85), para quem, muitas vezes, o juízo de adequação e necessidade não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva, porque não se consegue, com eles, indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido, numa idéia de equilíbrio entre valores e bens. Segundo a autora, “(...) o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro”.

²⁵⁵ PEREIRA, 2006, p. 346.

²⁵⁶ Ibid..

²⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 189-190.

- c) exame dos grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de se apurar o peso que devem ser atribuídos aos diferentes elementos.

Considerada a distribuição dos pesos, define-se o grupo de normas que deve prevalecer. Em seguida, decide-se se a intensidade dessas normas e se a solução indicada deve prevalecer em detrimento dos demais²⁵⁸.

O que se tem é uma comparação entre os efeitos negativos e os efeitos positivos da medida, buscando-se a atribuição de pesos, em concreto e abstrato²⁵⁹.

Robert Alexy observa, entretanto, que em grande parte dos casos a solução não será simples. Haverá, muitas vezes, a necessidade de outros argumentos e é bem possível que não haja acordo sobre a solução. Isso, contudo, não é objeção à ponderação, mas uma qualidade universal dos problemas práticos e normativos²⁶⁰.

O peso concreto seria a intensidade da restrição e o grau de promoção do princípio que a justifica. Isso quer dizer que, quanto mais severa for a restrição, mais será o seu peso concreto e quanto maior for o grau de satisfação do princípio antagônico, mais será o peso concreto. O peso abstrato é medido por meio de um processo de valoração da sua importância material no âmbito do ordenamento e liga-se ao grau de fundamentalidade do direito, ao grau de humanização e dignidade e aos valores basilares do constitucionalismo. Ou seja, "(...) devem ser tido em consideração, na atribuição do peso abstrato do direito, sua capacidade de contribuir para a implementação do princípio da dignidade humana, do princípio da autonomia, do princípio democrático e do princípio da igualdade"²⁶¹.

Após realizada a atribuição de pesos aos princípios, promove-se uma comparação entre a relevância da restrição e a importância da realização do fim que esta promove, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada entre os princípios. Essa relação de precedência é dada pela Lei de ponderação²⁶².

A ponderação é objeto de várias críticas. Como aponta Daniel Sarmento, dentre as críticas direcionadas à ponderação de bens, as mais comuns seriam três:

²⁵⁸ BARCELLOS, 2008, p. 57-58.

²⁵⁹ Cf. PEREIRA, 2006, p. 347.

²⁶⁰ ALEXY, 1999, p. 78.

²⁶¹ Cf. PEREIRA, op. cit., p. 348-349.

²⁶² Cf. Ibid., p. 350.

- a) o método da ponderação implicaria num esvaziamento dos direitos fundamentais, ao torná-los relativos e subordinados a uma espécie de “reserva da ponderação”;
- b) haveria, com a ponderação, uma inconsistência metodológica, que traria apenas um procedimento formal, sem oferecer pautas materiais para a solução dos casos e isso implicaria critérios irracionais e sem objetividade às decisões, conferindo ao juiz uma margem exagerada de discricionariedade;
- c) o método da ponderação acarretaria a outorga de um poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo, o que levaria a um déficit de legitimidade democrática no processo decisório²⁶³.

Wilson Antônio Steinmetz, além dessas críticas, fala também na ameaça da separação de poderes, que pode ser respondida com a terceira crítica²⁶⁴.

Segundo este último autor, quanto ao princípio da separação de poderes,

O exame de proporcionalidade é um limite a intervenções nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas. Não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador.

Seria evidente que o poder democraticamente legitimado pelo voto pudesse eleger os meios e os fins, todavia isso deve ocorrer nos limites da legitimidade constitucional e, nesse contexto, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade dessa produção normativa²⁶⁵.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides, para quem a limitação dos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação de poderes, porque a autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios é mantida. O que ocorre é que ele passa a ser gerido pelos valores e princípios estabelecidos na Constituição. Essas limitações do legislador apenas configuram a supremacia da Constituição sobre a lei. Segundo esse autor, os fins políticos não podem contrariar os valores e princípios constitucionais. Um desses princípios seria o princípio da proporcionalidade, não escrito, cuja

²⁶³ SARMENTO, 2001, p. 67-68.

²⁶⁴ STEINMETZ, 2001, p. 194 et. seq.

²⁶⁵ Ibid., p. 196.

observância independe de explicitação no texto da Constituição, pertencendo à natureza e essência mesma do Estado de Direito²⁶⁶.

Por fim, como indica Daniel Sarmento, a ponderação pressupõe que, no caso concreto, inexistente uma regra legislativa resolvendo o conflito. De acordo com ele, a presença de norma infraconstitucional inibe o juiz de efetuar a ponderação, pois este deverá acatar aquela realizada pelo legislador, a não ser que a considere inconstitucional. Neste caso, a cautela deve ser redobrada, a fim de se evitar que o juiz, não eleito, imponha suas opções políticas e ideológicas²⁶⁷.

A primeira crítica, segundo Daniel Sarmento, também não procede, porque o método da ponderação de bens visa justamente ao contrário, ou seja, busca evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais. O esvaziamento ocorreria caso se adotasse uma hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Certo é que a coexistência de diversos direitos fundamentais e outros princípios constitucionais impõe uma certa relativização de alguns, para que haja uma convivência harmônica²⁶⁸.

O segundo argumento, de cunho metodológico, é o mais sério.

Como indica Ana Paula Barcellos, o grande problema do processo de ponderação é que ele confere um poder muito amplo, porque todo o processo depende de questões subjetivas. A questão, então, de maior relevância nessa matéria é o estabelecimento de parâmetros de controle normativos e argumentativos²⁶⁹.

Consoante Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a ponderação se daria entre vantagens e desvantagens jurídicas para os bens jurídicos encontrados, como uma espécie de sistema axiológico, com escala de valores constitucionais e isso não existira. Conforme os autores, não há como estabelecer uma classificação de direitos fundamentais, com indicação de qual deve prevalecer. Além disso, a tarefa não pode ser feita, porque há preferências subjetivas e porque a justificação dos valores superiores em relação a outros é possível. Por exemplo, o direito à vida, que é colocado como o mais valioso. As próprias constituições admitem a guerra e a pena de morte em nome do interesse coletivo. No Brasil, por exemplo, a vida

²⁶⁶ BONAVIDES, 1994, p. 282-283.

²⁶⁷ SARMENTO, 2001, p. 72. Aqui, insere-se um dos parâmetros de ponderação, conforme sugerido por Ana Paula Barcellos, tratados a frente.

²⁶⁸ Ibid., p. 69.

²⁶⁹ BARCELLOS, 2008, p. 59.

aparece no mesmo patamar que mais quatro direitos fundamentais: liberdade, igualdade, segurança e propriedade e, como estes, está sujeita a igual submissão aos “termos seguintes” (art. 5º, caput, CF)²⁷⁰.

Em que pese as argumentações em sentido contrário, para estes autores falta uma medida objetiva para a ponderação²⁷¹.

Para Daniel Sarmiento, a ponderação concede certa discricionariedade ao julgador, trazendo com isso uma certa dose de insegurança à ordem jurídica. Porém, não haveria melhor saída e, além disso, a discussão acerca do subjetivismo não seria nova no Direito, sendo que um juiz neutro e passivo, aplicador mecânico, é apenas um mito, que não retrata a realidade. Some-se, ainda, que no plano constitucional, lida-se com questões políticas e normas abertas, o que torna esse subjetivismo mais comum²⁷².

Segundo o mesmo autor, o método da ponderação pode ser aferido por critérios racionais e a legitimidade da decisão pode ser conferida por meio da justificação das restrições, inclusive com observância do princípio da proporcionalidade na integralidade. Finalmente, o resultado final pode ser analisado, considerando a tábua de valores da Constituição²⁷³. Portanto, se jamais será atingida uma objetividade, também não é verdade que o método pode ser acusado de puramente subjetivo e irracional. Observe-se, ainda, que a segurança jurídica

²⁷⁰ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 224-226.

²⁷¹ Os autores apresentam outras 3 objeções, aparentemente, menos relevantes. Uma objeção seria de cunho político e inspiração neoliberal. Segundo essa, os conflitos entre direitos deveriam ser resolvidos de forma espontânea pela sociedade, pelo mercado e pelos acordos entre interessados. Essa crítica, contudo, baseada na rejeição do Estado intervencionista, não é convincente. Essa posição desconsidera as normas que impõem a intervenção do legislador e que o Estado tem competência para decidir que direito deve prevalecer. Além disso, uma omissão levaria a antinomias jurídicas e criaria uma situação semelhante ao estado de natureza. Por fim, as considerações e finalidade políticas não podem contrariar as normas jurídicas. Outra objeção indica que há necessidade de contenção do Judiciário, porque este não pode recorrer a ponderações para decidir de forma contrária a decisões de legislador. A existência de uma Constituição aberta não significa que o Judiciário pode decidir a melhor forma quando o legislador já se posicionou. Para esses autores, o Judiciário somente poderá modificar uma decisão legislativa por um argumento racional. E, para eles, “A proporcionalidade *stricto sensu* é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior ‘peso’ no caso concreto” e assim “(...) deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade”. Finalmente, segundo os autores, haveria uma inutilidade do exame da proporcionalidade em sentido estrito, porque sua utilização tem sido dispensada, porque a proporcionalidade tem sido confirmada quando o meio é tido como necessário. *Ibid.*, p. 226-231.

²⁷² SARMENTO, 2001, p. 69-70.

²⁷³ Para Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 95), por exemplo, embora a Constituição não tenha privilegiado determinado direito, os valores vinculados aos princípios da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo. Escreve: “Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desses princípios (*inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*)”.

tende a aumentar com o tempo, pois casos semelhantes serão julgados, o que consagrará soluções e cristalizará algumas regras de preferência²⁷⁴.

Conforme Robert Alexy, a suposta irracionalidade da ponderação seria resolvida pela lei correspondente, que é a lei da ponderação: “quando maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”²⁷⁵. Essa lei implicaria a realização de três passos:

- a) primeiro, define-se o grau da não satisfação ou de afetação de um dos princípios;
- b) segundo, define-se a importância da satisfação do princípio em sentido contrário;
- c) define-se se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro²⁷⁶.

Robert Alexy demonstra que o emprego dessa forma é pautado por juízos racionais. Isso porque seria viável escalonar a intensidade das intervenções nos direitos fundamentais de forma a qualificá-las como leves, médias ou graves, podendo se estabelecer um resultado racional para a ponderação²⁷⁷.

Ana Paula de Barcellos apresenta dois parâmetros que deveriam ser verificados preliminarmente nas ponderações. Segundo ela, por conta de duas distinções entre regra e princípios, que se referem à estrutura e à função, o primeiro parâmetro deve ser o de que “(...) as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios constitucionais”²⁷⁸. O segundo parâmetro seria

²⁷⁴ SARMENTO, 2001, p. 71.

²⁷⁵ ALEXY, 2004, p. 48.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 49.

²⁷⁷ Robert Alexy (op. cit., p. 49-50) argumenta, contra as críticas, que com os três passos seria possível juízos racionais e como a ponderação não exige sempre uma decisão exata do legislador, este teria margens. Pela tese moderada, com a ajuda da ponderação, certamente, pode-se estabelecer um resultado de maneira racional e que esteja justificado. O autor fala, então, de intervenções em grau fraco, médio e forte nos direitos fundamentais, com exemplo e trata de fórmulas, pretendendo racionalizar a sua proposta.

²⁷⁸ BARCELLOS, 2008, p. 69. Para a autora, a distinção relevante seria de caráter estrutural. Segundo ela, as regras descrevem comportamentos, sem ocupar-se dos fins que as condutas podem realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem indicar quais ações devem ser praticadas para isso. Outra forma que passa pela discussão da estrutura, refere-se aos efeitos que pretendem tais normas pretendem produzir. As regras estabelecem desde logo os efeitos, de forma determinada e específica (condutas). Os princípios são diversos, pois, ainda que os fins sejam determinados, o que não ocorre sempre, não há definição das

que, diante de um conflito que exija a ponderação, os direitos fundamentais devem preponderar sobre os demais enunciados normativos e normas²⁷⁹.

Observe-se aqui, que, pelo menos, no caso da jornada de trabalho, compensação e horas extras, quando se identifica o conteúdo essencial, considera-se também esses dois parâmetros (item 4.4 desta dissertação).

A violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito ocorrerá quando houver a restrição a um direito em escala maior do que a promoção de outro direito. Fala-se aqui em um controle de evidência, ou seja, “(...) uma intervenção legislativa só pode ser invalidada quando for possível afirmar, de forma patente e inequívoca, que a gravidade da restrição ao direito fundamental é maior que a relevância da promoção do fim perseguido”²⁸⁰.

Isso não leva a entender que, sempre que houver dúvida, a restrição deve ser declarada inconstitucional. Deve haver aqui uma ponderação entre o direito fundamental restringido e o princípio da liberdade de ação do legislador. Isso levaria

condutas necessária e exigíveis para isso. Nesse contexto, do ponto de vista técnico, as regras não foram concebidas para serem ponderadas. Os princípios, pelo contrário, podem ser mais ou menos adimplidos, podendo o ser de formas variadas. Considerando isso, o primeiro parâmetro preferencial decorre do fato de que as regras têm preferência sobre os princípios constitucionais, porque sua estrutura não é adequada para sofrer ponderações. Além disso, o outro critério para justificar a prevalência das regras, em relação ao princípio, nas ponderações, refere-se a função. Segundo a autora, a harmonia de um sistema jurídico depende do equilíbrio entre segurança e justiça e, nesse contexto, princípios e regras desempenham cada um papel diferente. As regras têm uma maior relação com a segurança, a estabilidade e a previsibilidade. A justiça, por sua vez, depende de normas mais flexíveis, que são os princípios, porque permitem uma melhor adaptação ao caso concreto. Esse modelo é simplificado, porque há princípios que propugnam exatamente o valor segurança, como o princípio da legalidade e porque há regras que foram criadas por questões de justiça. Isso, contudo, não afasta a sua utilidade. Isso quer dizer que quanto mais normas-regras houver, o sistema será mais seguro, previsível e estável, mas será mais difícil a adaptação a situações novas. Quanto mais normas-princípios, mais será a flexibilidade, porém crescerá a insegurança, por conta da imprevisibilidade e a falta de uniformidade. Quanto mais a quantidade de normas e princípios for equilibrada, mais haverá segurança e justiça. O equilíbrio, contudo, não depende somente dessa quantidade, mas também dos operadores, que devem considerar que as regras não foram feitas para serem ponderadas. Essas duas diferenciações levam a uma preponderância da regra no caso de ponderações em relação aos princípios.

²⁷⁹ BARCELLOS, 2008, p. 108. Robert Alexy (2008, p. 105 passim) também aponta essa necessidade, ressaltando como a autora, que isso não é uma primazia rígida. Para o autor, “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguida e que não se deve relativizar sem motivo uma prática estabelecida”. E, ainda, “(...) a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios”. Claro que essa primazia não é rígida. Ou seja, “Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.”

²⁸⁰ PEREIRA, 2006, p. 356.

à segunda lei da ponderação “quando mais intensa a intervenção num direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”²⁸¹. Ou seja, quando mais incertas, maior a margem de atuação do legislador e quanto mais severa a restrição, mais intenso deve ser o controle efetivado pelo tribunal²⁸².

Para Robert Alexy, as objeções metodológicas são corretas se pretendem demonstrar que a ponderação não leva a um único resultado. Elas, contudo, seriam incorretas se pretendem provar ou demonstrar que o procedimento é irracional. Para ele, a ponderação é racional e isso restaria demonstrado com a lei de colisões e a lei de ponderação²⁸³.

3.4 DEVER DE PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL

O último dos limites dos limites às restrições aos direitos fundamentais, que interessa para os objetivos dessa dissertação, é a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

As Constituições Alemã (artigo 19)²⁸⁴, Espanhola (artigo 53)²⁸⁵ e Portuguesa (artigo 18)²⁸⁶ têm previsão expressa no sentido de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado no caso de restrições²⁸⁷.

²⁸¹ ALEXY, 2004, p. 93.

²⁸² PEREIRA, 2006, p. 357.

²⁸³ Defesa semelhante é apresentada por Luis Prieto Sanchís (2003, p. 191 passim), para quem, embora não se possa negar o caráter valorativo e a margem de discricionariedade da ponderação, isso não significa que a ponderação encubra arbitrariedades judiciais. Pelo contrário, ela significa uma exigência suplementar de argumentação. Observe-se que para esse autor a ponderação confunde-se com o que aqui se denominou de princípio da proporcionalidade e é formada por quatro passos. Além dos três aqui intitulados, o autor inclui a necessidade de que a medida tenha um fim constitucionalmente legítimo para fundamentar a interferência na esfera de outros princípios ou direito. Finalmente, para esse autor, a necessidade de ponderação está ligada à idéia de unidade da Constituição. Para ele, a virtude da ponderação estaria no estímulo à interpretação, no sentido de que as normas constitucionais não têm uma relação de independência ou hierarquia, mas de continuidade e efeitos recíprocos. Escreve: “(...) la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo posuen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás”. Segundo Daniel Sarmiento (2001, p. 72), “(...) o método da ponderação de bens não é irracional, antidemocrático, nem tampouco amesquinha o valor e a dimensão dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, trata-se de mecanismo legítimo e indispensável para o bom funcionamento de uma Constituição que se pretende aberta”.

²⁸⁴ “(...) *Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência*”.

A cláusula do conteúdo essencial teria ampla acolhida no plano doutrinário e jurisprudencial²⁸⁸, aparecendo nas diversas sistematizações dos limites dos limites, sendo ele um limite intransponível²⁸⁹.

Considerando esse limite, a lei que não respeitar o conteúdo essencial do direito restringido será inconstitucional²⁹⁰.

Não há consenso, entretanto, sobre a amplitude e sobre a definição do que seja o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

²⁸⁵ “(...) Apenas por lei, que *em todo o caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial*, poderá ser regulado o exercício de (...)”.

²⁸⁶ “(...) e não podem ter efeito retroactivo *nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”.

²⁸⁷ Segundo Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas (1996, p. 121-123), a preocupação pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem sua origem no pós segunda guerra mundial e por conta dos estragos decorrentes, com a introdução do artigo 19.2 na Lei Fundamental de Bonn. A origem da cláusula estaria nos primeiros anos do século XX, antes da República de Weimar, quando se falava de uma perfeição humana. No campo jurídico, tem-se a Constituição de Weimar de 1919, que seria uma criação quase perfeita do ponto de vista da construção técnico-jurídica. Entretanto, ela estaria totalmente divorciada da realidade. Embora não aborde as causas do nascimento dos movimentos extremos, como o nacional socialismo, esse movimento seria o antecedente imediato da preocupação pelo conteúdo essencial. Segundo a autora, algo claro para o constituinte alemão do 2º Pós-Guerra seria a preocupação existente com as atrocidades do III Reich e a existência de um sentimento de culpabilidade. Escreve: “Si algo quedó claro al constituyente alemán de la II Posguerra Mundial, es que las atrocidades del III *Reich* ocupan un capítulo proscrito en la historia más reciente de Alemania: borrar los acontecimientos vividos durante el período de dominación de Adolf Hitler, quedaba fuera del alcance del pueblo alemán. Muchos desearon eliminar se sus conciencias el sentimiento de culpa impregnado profundamente en sus corazones. Ni lo uno ni lo otro fue posible. Podría afirmarse, sin riesgo de aventurar conjeturas, que ese sentimiento de culpabilidad ha sido heredado por posteriores generaciones a las que no agrada, todavía hoy, hablar de ciertos temas relacionados con el holocausto provocado por el nacionalsocialismo”. Nesse contexto, aborda-se a necessidade de resgatar um valor esquecido nos anos anteriores: a dignidade humana. Esta, então, passa a ocupar um lugar privilegiado na Lei Fundamental (artigo 1º). Haveria, com isso, uma revalorização, nos textos constitucionais, como consequência da Segunda Guerra, tanto da Alemanha, como Portugal e Espanha, de uma série de valores, que foram aderidos à normas fundamentais, marcando uma nova época no Direito. No mesmo sentido ALFONSO, 1981, p. 169.

²⁸⁸ Cf. PEREIRA, 2006, p. 366.

²⁸⁹ Cf. SCHIER, 2007, p. 67.

²⁹⁰ *Ibid.* Segundo Ignacio de Ottoy Pardo (1988, p. 126), “La garantía del contenido esencial es límite porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales e de las libertades públicas”. Segundo Ana Maria D’Ávila Lopes (2004, p. 07), baseada em Gavara de Cara, “(...) a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais”. Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 367), conceitua o conteúdo essencial “(...) como o âmbito de proteção do direito que é inviolável à ação legislativa”. Para Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 43), “(...) o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais”. Segundo Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 130), “(...) el círculo constituido por el contenido esencial se manifiesta como obstáculo insalvable para cualquier intento limitador proveniente de los poderes públicos. Es, como se ha venido denominando de forma tradicional en la doctrina, un ‘límite de los límites’ de los derechos fundamentales”.

Nesse contexto, identificam-se, pelo menos, quatro teorias sobre a cláusula do conteúdo essencial: teoria objetiva, contraposta à teoria subjetiva e a teoria relativa, contraposta à teoria absoluta; há, ainda, algumas teorias mistas.

Entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva, discute-se o objeto do conteúdo essencial. Se o conteúdo essencial se dá de forma objetiva em relação ao direito em si ou de forma subjetiva, em relação ao sujeito que se vale da proteção²⁹¹. Para a teoria objetiva, a definição do núcleo essencial passa pela verificação do direito fundamental objetivamente considerado, como instituição jurídica abstrata. Para a teoria subjetiva, a definição deve ser feita concretamente, em favor do direito subjetivo²⁹².

No caso da teoria objetiva, a garantia apenas protege o texto constitucional e não os direitos que dele defluem. Isso porque visa-se à tutela do significado geral que os direitos fundamentais ostentam no ordenamento jurídico. Neste caso, em algumas situações, no caso concreto, o direito é afastado para a implementação de outro. A principal crítica, portanto, refere-se ao fato de que a cláusula do núcleo essencial perde todo o seu sentido útil²⁹³.

Segundo José Carlos Vieira de Andrade, considerando o artigo 18, da Constituição Portuguesa, a proteção do núcleo essencial,

(...) tem de entender-se como referido não ao direito, mas ao preceito constitucional (é essa, de resto, a letra da Constituição), enquanto norma de valor e garantia. O limite ao poder legislativo residirá, então, em não poder ele atentar contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da idéia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional nesta matéria. O que o legislador não pode, sob pena de ultrapassar este limite absoluto, é destruir ou restringir gravemente a liberdade física em geral ou a intimidade do cidadão comum. Não pode é subverter ou desfigurar o valor e a garantia constitucionais ínsitos em cada um dos diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais²⁹⁴.

Assim, admite-se a anulação dos direitos subjetivos de certos indivíduos, em determinadas circunstâncias, mas nunca de forma ilimitada, abrangendo a todos ou a generalidade dos domínios da vida²⁹⁵.

²⁹¹ Cf. FREITAS, 2007, p. 196.

²⁹² Cf. Ibid., p. 195.

²⁹³ Cf. PEREIRA, 2006, p. 369.

²⁹⁴ ANDRADE, 2004, p. 307.

²⁹⁵ Ibid.

Dentro da teoria subjetiva, a cláusula do conteúdo essencial evitaria a violação dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, cabendo analisar-se em cada caso o que resta do direito em causa. O mérito da teoria seria assegurar às pessoas uma esfera da proteção inviolável, mas, como a anterior, não explica as situações em que os direitos fundamentais são totalmente restringidos ou descumpridos²⁹⁶.

Propõem-se, então, alternativas mistas, em especial, motivadas pela natureza e importância dos direitos fundamentais.

Para Konrad Hesse, não há razão para opções do tipo ou esta ou aquela proteção, quando se trata das teorias objetiva e subjetiva, porque elas seriam complementares, em razão da dupla dimensão objetiva/subjetiva dos direitos fundamentais. O autor escreve:

A outra questão, se sob o núcleo absolutamente protegido dos direitos fundamentais deve ser entendido o núcleo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou aquele de sua qualidade como garantias de conexões de funções objetivas, não se deixa, já por causa da correlação estreita de ambos, responder no sentido de um ou-ou, mas também não no de um não-só-mas-também. Sempre deve, sem dúvida, a função do direito fundamental ficar conservada para a vida social em conjunto, porque uma limitação que abolisse essa função nunca pode ser proporcional. Em geral, também uma limitação de direitos fundamentais, que elimina quase ou completamente uma liberdade garantida jurídico-fundamentalmente entre o particular, será desproporcional e, por causa disso, incompatível com o artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Há, todavia, casos excepcionais nos quais, para o particular, de um direito fundamental, segundo uma fórmula frequentemente empregada, pode 'quase nada mais restar', nos quais, porém, a limitação de direitos fundamentais não viola o conteúdo essencial do direito fundamental, porque ela é proporcional, como, por exemplo, a ordem de internação de um doido perigoso em um estabelecimento fechado²⁹⁷.

Outra discussão refere-se ao alcance do conteúdo desse limite.

²⁹⁶ PEREIRA, 2006, p. 370. No mesmo sentido, Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p. 200) que escreve: "(...) do ponto de vista lógico, resultaria insubsistente qualquer possibilidade de proteção à dimensão subjetiva se norma jusfundamental, objetivamente considerada, pudesse ter o núcleo essencial do direito fundamental que institui livremente afetado de forma desvantajosa. Por outro lado, igualmente sem sentido seria a hipótese de admitir-se a proteção apenas direcionada à perspectiva objetiva, aceitando-se toda e qualquer afetação desvantajosa ao exercício de hipótese fática incluída no núcleo essencial do direito fundamental. Na primeira hipótese a afetação objetiva da norma jusfundamental redundaria na afetação desvantajosa da dimensão subjetiva; na segunda alternativa, estar-se-ia retirando à norma objetivamente considerada a possibilidade de produzir direito subjetivo". E Luis Prieto Sanchís (2003, p. 232).

²⁹⁷ HESSE, 1998, p. 268. Robert Alexy (2008, p. 297) sustenta o mesmo posicionalmente, para quem a natureza dos direitos fundamentais levaria a uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva.

A teoria relativa do conteúdo essencial apregoa que este não pode ser determinado de forma indiscriminada, abstratamente, para todas as hipóteses, de forma definitiva. A definição do conteúdo essencial, de cada direito fundamental, estará condicionada por outros interesses jurídicos. Segundo essa concepção, toda restrição exige uma justificação, no sentido de que o conteúdo essencial resulta de uma ponderação com aqueles bens que justificam a restrição, ou seja, não se trabalha com a idéia de um elemento fixo e permanente identificável. Essa ponderação é feita com base no princípio da proporcionalidade²⁹⁸.

Conforme Robert Alexy, as teorias absolutas seriam contraditórias, porque a afirmação de que não há razões mais importantes que justifiquem uma determinada restrição está correta. Contudo, para tanto, as teorias absolutas apóiam-se nas teorias relativas. Isso porque não é possível excluir princípios contrapostos, porque para se falar de uma proteção absoluta não se pode perder de vista o fundamento relativo dessa proteção. Para este autor, como o núcleo essencial estará protegido se a limitação ou restrição estiver justificada, com base no princípio da proporcionalidade, ele será variável e dependerá de cada caso concreto²⁹⁹.

Em favor da teoria relativa, argumenta-se que a sua compreensão facilita a proteção ótima do direito fundamental, já que não protege o que se encontra no núcleo duro, mas todo o direito. Esta solução levaria a um melhor equilíbrio entre os direitos fundamentais do indivíduo e os interesses da generalidade³⁰⁰.

Se o conteúdo essencial será definido pela aplicação do princípio da proporcionalidade e nem sempre será o mesmo, o conteúdo essencial não aparece como uma barreira autônoma, mas sim como um reforço do princípio da proporcionalidade. A teoria relativa, então é criticada porque o conteúdo essencial não aparece como critério autônomo e porque usa a metodologia da ponderação. Isso levaria a uma flexibilidade e tornaria supérflua uma garantia que teria sido consagrada de forma autônoma³⁰¹.

²⁹⁸ Cf. FREITAS, 2007, p.196-198. No mesmo sentido, escreve Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 371-372).

²⁹⁹ Diga-se que para Robert Alexy (2008, p. 301), a garantia do conteúdo essencial alemã não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Ela seria equivalente a uma parte da proporcionalidade, no sentido de ser mais uma razão a favor dessa máxima.

³⁰⁰ Cf. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 140.

³⁰¹ Cf. PEREIRA, op. cit., p. 375.

Segundo Luis Prieto Sanchís, a teoria relativa teria como ponto fraco a idéia de que, mesmo diante da cláusula do conteúdo essencial, poderia ser admitido o sacrifício completo do direito³⁰².

A teoria absoluta, por sua vez, propaga que o conteúdo essencial pode ser determinado independentemente do caso concreto, existindo uma esfera permanente do direito fundamental que constitui seu núcleo essencial. Nessa concepção, então, há duas partes no direito fundamental: uma essencial, inviolável e outra não essencial, que pode ser objeto de restrição³⁰³.

Consoante José Carlos Vieira de Andrade, a proteção deve ser absoluta, no sentido de que o núcleo essencial seria um mínimo de valor inatacável e não poderia ser afetado mesmo que um bem seja considerado superior. Com isso, o autor visa evitar que o legislador invoque uma aparência com esse fim; conforme o autor, não pode ser reduzido à idéia de proporcionalidade. Esse limite absoluto seria a dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre, no sentido de que “A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material”^{304 305}.

³⁰² PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 233.

³⁰³ Segundo Luciano Parejo Alfonso (1981, p. 175 passim), considerando uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (de 13 de fevereiro de 1982, sobre a Lei reguladora do Estatuto de Centros Escolares), a opção seria pelo caráter absoluto do conteúdo essencial, porém dentro de cada direito fundamental. Segundo ele, contudo, o conteúdo essencial depende do momento histórico e das convenções admitidas pelos especialistas, o que possibilitaria uma adaptação evolutiva no tempo. Ressalta, entretanto, que de acordo com a mesma decisão, o certo seria que haverá lesão do conteúdo essencial “(...) cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aun siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria”. Para este autor, considerando a decisão que comenta, os limites dos direitos fundamentais seriam os seguintes: a- limites imediatamente derivados da Constituição ou que são estabelecidos por ela mesma; b- limites mediatos ou imediatamente derivados da Constituição pela necessidade de preservar ou proteger outros direitos fundamentais; c- limites mediatos ou indiretamente derivados da Constituição pela necessidade de proteger ou preservar outros bens constitucionalmente protegidos. Nesse contexto, o alcance do conteúdo essencial como limite constitucional dos limites seria genérico, o que teria três significados. a- o primeiro sentido seria que a exigência de respeito ao conteúdo essencial aplica-se a todos os direitos fundamentais, ou seja, deve ser observado na hipótese de reserva de lei ou não. b- o segundo sentido refere-se aos outros limites dos direitos fundamentais. Como se viu, os direitos fundamentais podem ser limites expressos e específicos. Ocorre que, em nenhum caso, a garantia do conteúdo essencial pode deixar de ser observada. O autor escreve: “(...) debe entenderse también en sentido de ‘límite de límites’, es decir, límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos”. c- finalmente, o terceiro sentido refere-se à questão sobre tratar-se de uma condição relativa ou absoluta. Para ele, o conteúdo essencial teria caráter absoluto.

³⁰⁴ ANDRADE, 2004, p. 306.

³⁰⁵ Segundo Gavara de Cara (1994, p. 218), por exemplo, o conteúdo essencial de todo direito fundamental seria identificado por Günter Dürig com a dignidade humana. Para este, a consequência

Para a teoria absoluta, então, o núcleo essencial de cada direito fundamental é fixo, independentemente do caso concreto. Por outro lado, essa teoria é criticada porque não explica as situações em que há o sacrifício de um direito e também não indica de forma clara e determinada o que demarcaria o núcleo essencial³⁰⁶.

De acordo com Luis Prieto Sanchís, a teoria absoluta teria as seguintes dificuldades:

- a) primeiro, brinda uma proteção não necessária, pois se tais direitos têm uma natureza constitucional, a lei não poderia chegar a lesioná-los em sua essência;
- b) essa proteção absoluta pode levar à diminuição do nível das garantias, porque se for entendido que o conteúdo essencial está respeitado, a lei pode operar livremente na esfera do direito entendida como não essencial. Então, toda lei que limite o conteúdo adjetivo ou periférico deveria ser considerada legítima, ainda que arbitrária ou não justificada;
- c) se os direitos fundamentais operam como princípios e não como regras, a teoria absoluta conduza a resultados contraditórios, porque uma intervenção pode reputar-se legítima à luz da ponderação, ou seja, justificada, mas ilegítima à luz do conteúdo essencial, ou seja, “(...) el tratamiento de los derechos como principios hace inevitable la idea de derechos absolutos”³⁰⁷.

Virgílio Afonso da Silva, em sentido semelhante ao anterior, vai mais além e rejeita a tese de que o núcleo essencial sempre deva ser preservado, porque para ele a necessidade da dupla garantia: princípio da proporcionalidade e conteúdo essencial gera incongruências. Segundo o autor, uma expectativa de que a utilização do método da ponderação de bens e interesses pode ser feita desde que não implique esvaziamento do conteúdo essencial é complicada. Em casos específicos, após a aplicação da proporcionalidade, nada resta de um determinado direito, como por exemplo, quando alguém tem seu sigilo telefônico devassado e

é que o titular do direito fundamental não pode ser considerado como um objeto da atividade estatal. Nesse contexto, o conteúdo essencial será afetado quando o titular for tratado como um objeto da atividade estatal.

³⁰⁶ Cf. PEREIRA, 2006, p. 373.

³⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 232-233.

suas conversas interceptadas ou quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística. É claro que, nos exemplos indicados, pode-se recorrer à idéia de limites imanentes, mas aqui é uma questão de suporte fático restrito e o argumento seria simples. Porém, se houver referência à ponderação, há exclusão da tese do suporte fático restrito ou dos limites imanentes e não há como fundamentar-se o fato de que a garantia do conteúdo essencial foi violada. Isso ocorre porque se exige uma dupla garantia, proporcionalidade e conteúdo essencial³⁰⁸.

No debate entre as teorias relativa e absoluta, também há teorias intermediárias.

Para Konrad Hesse, uma proteção contra limitações desproporcionais efetuaria também uma proteção absoluta do núcleo essencial. Para tanto, a proporcionalidade deveria ser entendida como a perseguição de uma finalidade, que seria o direito fundamental limitado. O autor escreve:

Na discussão sobre a interpretação indicada no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, é sustentada tanto a concepção, que a restrição proíbe limitações desproporcionais como esta, que a determinação subtrai o 'núcleo essencial absoluto' dos direitos fundamentais da disposição do legislador. A partir do ponto de vista aqui defendido, a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do 'núcleo essencial' dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. Desse modo, são evitadas as debilidades de ambas as concepções, ou seja, por um lado, uma relativização do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, por outro, o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob reserva legal, à disposição discricional do legislador, que só deve violar o 'núcleo essencial absoluto' a ser determinado não facilmente³⁰⁹.

Peter Haberle também apresenta uma teoria que procura mesclar conceitos da teoria relativa e da teoria absoluta. Segundo ele,

Los límites inmanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cercan a éste” e “Con la determinación de los límites conformes a la esencia y, por ello, de los límites de las 'leyes generales' se precisa el contenido esencial de los derechos fundamentales, pues los límites inmanentes cercan este contenido esencial³¹⁰.

³⁰⁸ SILVA, 2006, p. 44-45.

³⁰⁹ HESSE, 1998, p. 267 passim.

³¹⁰ HABERLE, 2003, p. 58 passim.

Isso quer dizer que mediante a definição dos limites imanentes também se chega ao conteúdo essencial, pois a delimitação do direito fundamental, efetuada pela ponderação, corresponde e encerra o conteúdo essencial. Para o autor, como há um efeito recíproco entre os direitos fundamentais, a ponderação de bens determinará o conteúdo essencial. Isso porque o que seria próprio do conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser determinado por meio de uma reflexão sobre os conteúdos essenciais de outros bens. Do conflito recíproco entre os direitos fundamentais, interpreta-se o conteúdo essencial. Por outro lado, o autor observa que a ponderação aqui defendida não significaria a renúncia das noções e objetivos da teoria absoluta. Segundo ele, ela permitiria proteger de forma absoluta o âmbito de liberdade fundamental com base em valorações. Segundo o autor, o absoluto não pode conduzir à idéia de que o direito fundamental está diretamente na Constituição. Ele é determinado precisamente desde o sistema coordenado do conjunto constitucional. Esse âmbito será plenamente protegido³¹¹.

Finalmente, para Luis Prieto Sanchís, como não é possível determinar abstratamente e de modo definitivo o conteúdo essencial de cada direito, podendo somente se falar de justificação ou ponderação, essa garantia seria apenas um argumento em branco. Entretanto, isso não quer dizer que ela seja supérflua. Para ele, a garantia do conteúdo essencial desempenha duas funções:

- a) a exigência de ponderação, no sentido de que, quanto mais se sacrifica um direito e quanto mais se aproxima do núcleo ou essência, mais será a exigência de justificação pela medida limitadora. Nesse contexto, a cláusula do conteúdo essencial não seria uma exigência autônoma ou suplementar, mas uma razão a mais a favor da ponderação;
- b) ela serviria como argumento contraposto aos argumentos econômicos ou consequencialistas presentes na ponderação. Não se trataria de preservar uma parte do direito, como esfera intocável, deixando o legislador livre para a configuração da outra parte. Trata-se, sim, de comprovar ao final da regulação legislativa se o direito pode ser reconhecido como um direito

³¹¹ HABERLE, 2003, p. 58-66. Essa posição pode ser criticada porque se os conteúdos dos limites fazem parte do próprio conteúdo do direito e não são colocados de fora, não se pode falar de conteúdo essencial. Dessa forma, a consideração de um determinado limite como imanente pode servir para atravessar essa barreira. NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 97.

constitucional, ou seja, como aquele direito que fora tutelado pela Constituição.

Veja-se que para esse autor, a obrigação do conteúdo essencial não é um aspecto chave. O aspecto chave estaria na exigência de justificação de qualquer medida a disposição restritiva³¹².

Considerando o debate entre as teorias absoluta e relativa, tem-se que o problema da questão da justificação está no fato de que a cláusula de conteúdo essencial perderia sua característica de garantia autônoma, tornando desnecessária a previsão expressa³¹³.

É o que aponta Mariano Bacigalupo, para quem a garantia do conteúdo essencial teria perdido sua operatividade em virtude do princípio da proporcionalidade. Conforme o autor, isso ocorre porque, caso se passe pela verificação prévia, que geralmente é a prova da proporcionalidade, não há invasão do conteúdo nuclear ou núcleo duro do direito fundamental limitado. Haveria, segundo ele, ainda, uma certa autonomia porque, em alguns casos, demonstra-se a necessidade de manter a garantia do conteúdo essencial como critério autônomo. Todavia, hoje em dia, seria difícil não se reconhecer que a garantia do conteúdo essencial tenha ficado reduzida a um “(...) filtro subsidiario y accesorio del principio da proporcionalidad, por muy necesaria que, ciertamente, sea tal función”³¹⁴.

Ressalte-se que, nem sempre, a garantia de preservação do núcleo essencial é vista de uma forma positiva.

Ignácio de Otto y Pardo sustenta que a existência do núcleo essencial cria, em verdade, um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que essa garantia persegue o fortalecimento dos direitos fundamentais, também leva a uma direção oposta, ou seja, de enfraquecimento. No caso da teoria relativa, a relativização seria manifesta,

³¹² PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 235-238.

³¹³ Nesse sentido, escreve Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 375-376), para quem do ponto de vista metodológico, a teoria relativa seria a mais adequada para explicar os casos concretos. A sua adoção, contudo, implica em tirar um sentido autônomo da garantia. Escreve: “(...) ou se entende que o núcleo essencial é uma grandeza absoluta, caso em que não há critérios consistentes que permitam demarcá-lo, nem tampouco é possível explicar inúmeras situações em que a compressão dos direitos é inevitável; ou se entende que se trata de uma garantia relativa – equivalente à exigência de proporcionalidade das restrições – mas então se torna imperativo reconhecer que o conteúdo essencial é, em última análise, um instituto desvestido de sentido jurídico útil autônomo, no máximo, desempenhar um papel de reforço da exigência de justificação nas hipóteses em que os direitos sofram restrições severas”.

³¹⁴ BACIGALUPO, 1993, p. 301-302.

porque exige apenas um discurso contra ou a favor da norma que regula o conteúdo. No caso da teoria absoluta, haveria uma proteção singularizada, pois se há um núcleo duro, também há uma parte periférica, totalmente desprotegida³¹⁵. Essa discussão teria levado a discussões sobre a relativização dos direitos fundamentais, não de forma negativa, mas como afirmação de historicidade e exigência de constante atualização de um direito³¹⁶.

No Brasil, como ocorre com os outros “limites dos limites”, também não há previsão expressa quando à proteção do núcleo essencial. Resta saber se ele deve ser observado.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, inexistente a necessidade de preservação do núcleo essencial no caso das restrições. Estes autores escrevem:

(...) a ausência de disposição expressa, assim como a particular dificuldade em estabelecer o conteúdo nuclear de um direito leva à conclusão de que inexistente tal requisito limitador das intervenções legislativas. Como se verá, todas as limitações impostas ao direito pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutelar os conteúdos essenciais do direito limitado. Mas a isso não deve ser acrescentado um dever autônomo de

³¹⁵ Segundo o autor, há uma zona limitável e outra, essencial, inacessível à limitação. Hoje, contudo, o legislador somente pode limitar um direito fundamental se estiver constitucionalmente habilitado e sempre na medida deste; além disso, todo limite deve ser justificado; e, por fim, a justificação não pode implicar um inteiro sacrifício do direito. Considerando isso, chega-se ao problema teórico da garantia do conteúdo essencial, uma vez que, se a limitação por si só já está limitada pela necessidade de justificação, o conteúdo essencial não agregaria nada. E, na medida em que se considere o conteúdo essencial como algo distinto da justificação, o resultado será a relativização dos direitos fundamentais. Por isso, nunca se poderá abrir mão da justificação. Obra citada. p. 128 a 129. No mesmo sentido, Rafael Naranjo de la Cruz (2000, p. 78), para quem os poderes públicos estão vinculados aos direitos e liberdades e esta vinculação estende-se a todo o direito fundamental e não somente ao conteúdo essencial. Essa vinculação implica a necessidade de considerar inconstitucional toda e qualquer atividade legislativa que implique uma limitação por si só, ou seja, deve sempre haver uma justificação.

³¹⁶ Luciano Parejo Alfonso (1981, p. 170) também visualiza um duplo caráter, sem que isso implique prejuízo aos direitos fundamentais. O duplo caráter significaria um negativo e um positivo. O negativo estaria ligado à idéia de proibição e limitação do legislador em relação ao direito fundamental. O positivo seria o de afirmação dos direitos fundamentais. O autor escreve: “(...) la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario quanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos; aspectos que se reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo”. Ana Maria D’Ávila Lopes (2004, p. 14) aponta a contradição levantada por Ignácio de Otto y Pardo e observa que essa relativização pode ser vista de forma positiva. Segundo a autora, “O pensamento de Otto y Pardo tem provocado interessantes discussões a respeito da relativização dos direitos fundamentais em virtude da incorporação da garantia do conteúdo essencial em um sistema no qual já existe o controle de constitucionalidade das leis. A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito”.

preservar um suposto núcleo que aumentaria o risco de avaliações subjetivas da constitucionalidade de leis regulamentadoras³¹⁷.

Por outro lado, no Brasil, porque não há previsão expressa da garantia do núcleo essencial, não há necessidade de enfrentar todas as incoerências colocadas nos tópicos anteriores. Não há, aqui, o problema de explicar porque uma garantia expressamente positivada não ostenta significado jurídico autônomo e independente. Assim a teoria relativa, aqui, poderia ser incorporada com maior facilidade³¹⁸.

Jane Reis Gonçalves Pereira escreve:

(...) a idéia de conteúdo essencial pode ser identificada com algumas regras argumentativas inseridas na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, as quais jogam como razões em favor da preservação dos direitos no processo de ponderação. Essa leitura é compatível com o sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988, podendo ser de grande valia no esforço de racionalização da jurisprudência nessa seara³¹⁹.

O conteúdo essencial teria apenas, então, uma missão discursiva, levando a regras argumentativas³²⁰.

Entretanto, segundo Luiz Fernando Calil de Freitas,

(...) uma interpretação conjunta dos enunciados do artigo 60, §4º, IV, do artigo 5º, I, do artigo 1º, III, e do artigo 4º, II, todos da Constituição da República, conduz à conclusão de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais goza de proteção no sistema constitucional brasileiro³²¹.

³¹⁷ DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 168.

³¹⁸ Cf. PEREIRA, 2006, p.376 et. seq.

³¹⁹ Ibid., p. 382.

³²⁰ Em sentido semelhante, Ana Maria D'Ávila Lopes (2004, p. 08), para quem a garantia do conteúdo essencial seria apenas complementar aos princípios da ponderação de bens e da proporcionalidade.

³²¹ FREITAS, 2007, p. 195. No mesmo sentido Suzana de Toledo Barros (2003, p. 104), para quem "(...) o *princípio da proporcionalidade* é concretizado diretamente da essência dos direitos fundamentais e a ausência da cláusula sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em nossa Constituição não obsta o seu reconhecimento". Além disso, para ela, a cláusula traria um reforço da fundamentalidade de alguns direitos. Considerando o debate entre as teorias relativa e absoluta, afirma que uma não eliminaria a outra. Antes disso, uma conciliação significaria avanço na interpretação dos direitos fundamentais. Ela escreve que: "(...) Para não se permitir o relativismo constante do conteúdo desses direitos – o que poderia gerar uma ineliminável distorção de fins contrária à idéia de proteção – é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (*conteúdo essencial*), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a *concordância prática* entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada).

Da mesma forma, Paulo Ricardo Schier, em que pese argumentos de uma filosofia garantista assumida pela Constituição de 1988, a fundamentação da preservação do núcleo essencial, no Brasil, estaria vinculada de forma direta à compreensão da extensão das cláusulas pétreas, por conta da redação do artigo 60, §4º, da CF/88: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente* a abolir (...)”³²².

José Joaquim Gomes Canotilho, analisando a cláusula de irreversibilidade como método de proteção dos direitos fundamentais (como a contida na Constituição Brasileira, art. 60, §4º), afirma, também, que ela teria como grande função a reafirmação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Conforme o autor, os limites materiais de revisão incidem sobre os princípios e sobre a disciplina material dos direitos, não sobre a formulação lingüística. Como, para ele, há um núcleo duro, um *núcleo essencial comum* irrevisível ou um *complexo de núcleos essenciais*, sempre se colocará a questão de saber o que pode e o que não pode ser objeto de leis de revisão. Essa resistência dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais só poderia significar que se pretende estabelecer, quanto a eles, um *reforço de proteção*. Entretanto, se os direitos fundamentais podem ser objeto de leis de revisão, como fica a declaração de irrevisibilidade. Ocorre que o núcleo essencial ou os núcleos essenciais não resistem às leis de revisão por conta da cláusula de irrevisibilidade, mas porque eles não podem ser intangíveis, pelo caráter de direito superior. Considerando isso, o método dessa cláusula de barreira parece não ter grande relevo. No entanto, ela teria três funções:

³²² Como observa o autor, as cláusulas pétreas são barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, resguardando determinados bens constitucionais e direitos. Essa proteção alcança eventual atividade de redução de direito direta ou virtual, pois serão inconstitucionais as emendas que, diretamente, afrontem as cláusulas pétreas e as emendas que as afetem tendencialmente. Escreve: “Nesta seara, portanto, qualquer intervenção do poder reformador que direta ou indiretamente atingir a existência de um direito fundamental consagrado como pétrea será, inequivocadamente, inconstitucional”. Considerando isso, se a afetação, mesmo que virtual, do direitos fundamentais, é vedada ao poder constituinte derivado, seria certo que ela alcança a atividade do legislador infraconstitucional. O raciocínio seria o de que, se não pode o mais – poder de emenda –, também não é possível o menos – atuação do legislador. Escreve: “Trata-se, logo, de uma leitura que em certa medida busca evitar certa espécie de fraude à Constituição. Com isso tem-se que, uma vez reconhecida a legitimidade do legislador ordinário no sítio da afetação restritiva dos direitos fundamentais, esta autorização não configura, sob hipótese alguma, um ‘cheque em branco’. Ao realizar sua atividade, evidentemente legítima no plano constitucional, de restrição e delimitação do campo eficaz dos direitos fundamentais, não estará o legislador autorizado a tudo, eis que, se diretamente ou indiretamente, mesmo que sob o pretexto de realização de ponderação constitucional autorizada explícita ou implicitamente, mesmo que imbuído das melhores intenções, abolir (restrição excessiva) direitos fundamentais, restará configurada a inconstitucionalidade. Logo, a tutela do núcleo essencial, na Constituição de 1988, encontra fundamentação na proteção das cláusulas pétreas, sendo dela uma decorrência. Este é o sustentáculo de aplicação do referido princípio em nosso sistema”. SCHIER, 2007, p. 69-70.

(1) funções de clarificação da positividade constitucional dos limites materiais implícitos (‘núcleos essenciais’); (2) funções de individualização das normas constitucionais infringidas para efeitos de fiscalização jurisdicional sucessiva das leis de revisão; (3) função de advertência política e constitucional quanto à bondade intrínseca ou material de projectos de leis de revisão perturbadores das dimensões fundamentais dos direitos, liberdades e garantias.³²³

Finaliza-se com Paulo Ricardo Schier, para quem a preservação de um dever autônomo do núcleo essencial do direito restringido tem sentido. Isso porque a jurisdição constitucional, no Brasil, é muito diferenciada, no sentido de que a percepção do intérprete constitucional com relação à dogmática dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal é diferente daquela prevalente nos demais Tribunais e na primeira instância³²⁴. Nesse contexto, a defesa da existência de um dever de tutela do núcleo essencial poderia encorajar o aplicador do direito a reconhecer situações de inconstitucionalidade que não reconheceria. Alerta-se, entretanto, que essa defesa possui carácter pedagógico e serviria, pelo menos, para alertar o intérprete de que as cláusulas pétreas vão além de uma proteção exclusiva contra emendas. Também seria um lembrete de que a atividade de restrição legislativa não possui um cheque em branco^{325 326}.

³²³ Para o autor, “No fundo, a articulação das dimensões constitutivas essenciais (‘os princípios’, os ‘núcleos essenciais’) com as dimensões declarativas de irrevisibilidade permite uma aproximação constitucionalmente mais sustentada à discutida intangibilidade do catálogo de direitos, liberdades e garantias”. Além disso, o relevo prático da cláusula estaria associado a nível do ônus da prova. Segundo o autor, quem propõe a supressão de um preceito formulador de um direito fundamental deverá demonstrar que a eliminação do texto escrito não implica em redução dos princípios ou núcleo essencial do bem protegido. Finalmente, conclui que: “Em rigor, ela não proíbe a restrição de direitos, liberdades e garantias através de leis de revisão, o que colocaria as leis de revisão com mais limites do que as próprias leis ordinárias restritivas (cfr. art. 18º/2). Impede, porém, que o ‘legislador constitucional’ aproveite a natureza constitucional da lei de revisão para ultrapassar o limite de qualquer direito: o núcleo essencial”. CANOTILHO, 2008, p. 139-144.

³²⁴ Para o autor, haveria “(...) uma maior dificuldade de manipulação de categorias da dogmática dos direitos fundamentais fora do âmbito dos tribunais superiores”. Aqueles estariam contaminados por leituras positivistas, relutariam em reconhecer os direitos fundamentais implícitos, resistiriam à aplicação dos princípios da proporcionalidade, impediriam o acesso direito à constituição e valorizariam demasiadamente o papel da lei em detrimento da Constituição. SCHIER, 2007, p. 71.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas (1996, p. 233-236), faz bela defesa da necessidade de manutenção da cláusula do conteúdo essencial. Segundo ela, em verdade, hoje, não se tem certeza qual seja o conteúdo essencial, até porque esse conceito precisaria de um estudo constante. De toda sorte, seria prudente defender-se a estabilidade do conteúdo essencial contra uma postura tendente a eliminá-lo dos textos constitucionais, por considerá-lo um resíduo dos efeitos do segundo pós-guerra. Para ela, o “(...) contencional puede servir plenamente en la defensa del Estado de Derecho. Si no queremos incurrir en errores cometidos en el pasado, propiciadores de los desastres beligerantes conocidos por todos, aprendamos a reconocer la potencialidad de un instrumento (a nuestro alcance) como el contenido esencial: ¡démósele eficacia plena y así conoceremos ese potencial!”. Embora, para ela, seja quase impossível definir o conteúdo essencial, diante dum Estado cada vez mais

Certo é que, qualquer afetação do conteúdo essencial do direito fundamental é inconstitucional e não há dúvidas de que em alguns casos, essa violação será de fácil verificação.

Neste trabalho, restará demonstrado que o Tribunal Superior do Trabalho não está atento à dogmática dos direitos fundamentais. Além disso, ao menos no caso do artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, quando trata da remuneração das horas extras, restará demonstrado que a identificação do conteúdo essencial é de fácil realização e isso evitaria a determinação do pagamento apenas do adicional de horas extras ou a compensação de 1 hora extra por 1 hora de descanso.

interveniente, ele é um grande instrumento de defesa. Escreve: hoje “(...) el Estado-aparato se convierte en una maquinaria potente que interviene cada vez con mayor intensidad en la vida de la comunidad. En este sentido, no es arriesgado considerar la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades pública como el arma al que hace un momento nos referíamos: arma anti-tiranía de los poderes públicos”. Considerando isso, a autora fornece um conceito: “El contenido esencial es la expresión jurídico-positivada de valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución española, resultado de la conjunción entre el valor da dignidad humana (‘fundamento del orden político y de la paz social’) y el núcleo radical do propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)”. Assim, para a autora, cada uma das normas de direitos fundamentais daria dados, elementos e pistas desse conteúdo. A essas normas seriam somados os protagonistas dos direitos fundamentais, como órgãos e grupos, como é o caso do Tribunal Constitucional e da doutrina constitucional. Finalmente, para evitar que o tempo e as circunstâncias impliquem uma relativização do conteúdo essencial, porque se trata de um conceito modificável, a autora agrega a dignidade humana. Para ela então, além das particularidades de cada norma, “(...) el núcleo del contenido, su elemento más contencial y primero es la propia ‘dignidade humana’, valor que es absoluto en cualquiera de la coordenadas de tiempo o espacio que se quiera contemplar”.

4 A POSTURA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO EM RELAÇÃO ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o Tribunal Superior do Trabalho não está suficientemente atento nas questões que se referem às restrições aos direitos fundamentais do trabalhador.

Quatro exemplos ilustram a questão: a estabilidade da empregada gestante; o número de dirigentes sindicais; a possibilidade de monitoramento do e-mail do empregado pelo empregador e a compensação de horas extras, com pagamento apenas do adicional, de 1 hora extra trabalhada por 1 hora de descanso e mediante acordo tácito ou escrito direto com o empregado.

Por se concordar que há necessidade de transparência da matéria, adota-se as concepções principais da teoria externa, não de uma forma definitiva, mas com vistas a testar a constitucionalidade das questões indicadas, porque tais conclusões trazem maior objetividade e racionalidade na questão das restrições aos direitos fundamentais. Considerando isso, para efeitos desse trabalho, os direitos fundamentais dos trabalhadores serão concebidos como um modelo misto, de regras e princípios e partindo-se de um suporte fático amplo e, portanto, restringíveis.

4.1 ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE

A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória, conforme previsão contida no artigo 10º, inciso II, alínea “b”, do ADCT/88:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
(...)
II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
(...)
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Trata-se de um direito fundamental que procura preservar a dignidade da mulher, como mãe e do nascituro. Como escreve Airton Pereira Pinto,

Em razão da condição sexual, na forma do comando constitucional, em seu art. 5º, *caput* e inciso I, não deverá haver distinção de direito quando este não depender de condição especial, em razão da particularidade do sujeito a ser protegido.

O direito fundamental que se agiganta contra diferenciações entre sujeito, que podem e deve ter condições iguais ao ser violado, propicia a quebra da ética social das garantias. O julgador ao tomar conhecimento de despedida de gestante deve reintegrá-la ao seu posto de trabalho, reparando injusta e arbitrária violência à sua dignidade e à do nascituro³²⁷.

A estabilidade é a vantagem jurídica do empregado, de caráter permanente, em virtude de alguma circunstância, que assegura de forma indefinida o vínculo de empregado, independentemente da vontade do empregador³²⁸. No caso da empregada gestante, entretanto, não há uma estabilidade de forma indefinida, mas provisória, ou seja, uma garantia no emprego. A garantia no emprego é a vantagem jurídica do empregado, de caráter transitório, em virtude de alguma circunstância, no caso, a gravidez, que assegura o vínculo de empregado por um lapso de tempo, independentemente da vontade do empregador³²⁹.

Como indica Amauri Mascaro Nascimento:

(...) a estabilidade *no* emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico. Esta subdivide-se em estabilidade *definitiva* e estabilidade *transitória*, aquela produzindo efeitos para toda a relação de emprego, esta somente enquanto persistir um causa especial que a motiva³³⁰.

Isso quer dizer que, atualmente, a empregada gestante, desde a concepção ou confirmação da gravidez, não pode ser dispensada, salvo o cometimento de justa causa. Caso seja dispensada, a empregada poderá postular a imediata reintegração no emprego³³¹.

Anteriormente, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de Súmulas, criou algumas restrições a esse direito fundamental. Uma delas era a impossibilidade da reintegração da gestante. Segundo o entendimento do tribunal,

³²⁷ PINTO, 2006, p. 182.

³²⁸ Cf. DELGADO, 2006, p. 1242.

³²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 1248-1249. No mesmo sentido MAIOR, 2008, p. 471 et. seq. CARVALHO, 2007, p. 503 et. seq. MARTINS, S., 2008, p. 391 et. seq.

³³⁰ NASCIMENTO, 2001, p. 585.

³³¹ Cf. *Ibid.*, p. 761.

aquele direito fundamental asseguraria somente o direito aos salários e vantagens correspondentes ao período e reflexos³³². Como observou Ailton Pereira Pinto,

Quanto à estabilidade da gestante em seu trabalho, a orientação do Tribunais Superiores no País tem dado pouca atenção à tutela socioeconômica que o comando pretendeu imprimir. Titubeiam no momento de garantir o direito ao emprego, aplicando-se o direito constitucional. O legislador constituinte não quis valorar a indenização do período de estabilidade, mas desejou orientar a sociedade de que é salutar a garantia do emprego da mulher, naquelas condições, sem prejuízo de outras. Chamados a opinar sobre a estabilidade da gestante com direito à reintegração, em caso de dispensa imotivada, pois segundo a norma constitucional ela tem 'direito à licença maternidade sem prejuízo do emprego', os Tribunais têm vacilado em não ver naquela norma um direito humano social fundamental da mulher. O seja, mesmo após a promulgação da Constituição Federal garantindo proteção de emprego, a Súmula n. 244 do TST ainda não foi revogada, ou revisada, para dar compreensão melhor, em consonância com a nova ordem constitucional³³³.

Hoje, contudo, o Tribunal Superior do Trabalho admite a reintegração³³⁴.

Outra restrição, autorizada por Orientação Jurisprudencial, referia-se à necessidade de comunicação ao empregador da gravidez. Segundo o antigo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o empregador não precisava conhecer o estado de gravidez para que houvesse direito à estabilidade, salvo previsão contrária em acordo coletivo. Ou seja, caso o acordo coletivo exigisse que o empregador fosse comunicado sobre a gravidez e isso não tivesse ocorrido, a empregada gestante não tinha direito à estabilidade³³⁵.

Após decisão em sentido contrário, por parte do Supremo Tribunal Federal³³⁶, o Tribunal Superior do Trabalho reviu sua posição, revogando aquela Orientação e colocando o item I, na atual redação da Súmula 244: "I – O desconhecimento do

³³² Cf. OLIVEIRA, 2007, p. 467. Antiga redação da Súmula 244 do TST: "A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos".

³³³ PINTO, 2006. p. 218.

³³⁴ Cf. OLIVEIRA, loc. cit. Atual redação da Súmula 244/II do TST: "A garantia do emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade".

³³⁵ Cf. Ibid. De acordo com a O.J. 88: "Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não fastia o direito ao pagamento da indenização decorrente de estabilidade (art. 10, II, b, ADCT)".

³³⁶ Segundo a ementa da decisão, "A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito do acesso a essa iderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva". Supremo Tribunal Federal. Rel. Celso de Melo, processo n.º 448.572-SP. Agravo de Instrumento.

estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II b, do ADCT).”

As duas restrições anteriores eram inconstitucionais e demonstram a não aplicação da dogmática específica do direito constitucional para tais casos, ou seja, verificabilidade de tais restrições quanto ao princípio da reserva legal, princípio da proporcionalidade e preservação do conteúdo essencial.

Antes, todavia, de demonstrar a afirmação anterior, o que já coadunaria com os objetivos propostos do trabalho, resta indicar uma outra discussão corrente sobre a empregada gestante, que se refere à “confirmação da gravidez”.

Para alguns, quando o dispositivo constitucional prevê que o termo inicial da estabilidade provisória é “a confirmação da gravidez” está referindo-se à confirmação médica até eventual demissão, ou seja, desconsiderando aquelas hipóteses em que a própria empregada desconhece a gravidez. É o que afirma Francisco Antonio de Oliveira:

A nova redação deveria premiar a exigência de confirmação objetiva do estado fisiológico. Ao assim não fazer, incentivará que a gestante não faça a confirmação e ajuíze ação muitos meses depois, buscando a reintegração com todos os direitos, inclusive salários atrasados.

Pelo princípio da razoabilidade, essa confirmação deveria ter um prazo para que o empregador não tivesse conhecimento, por ausência de confirmação, pudesse colocar a gestante sob a égide da Previdência.

Do modo como ficou a redação, aplica-se a culpa objetiva na sua inteireza, bastando o estado gravídico, ainda que o empregador não tenha tomado conhecimento ou mesmo que, por ocasião da dispensa, nem a gestante tivesse conhecimento do seu estado gravídico.

(...)

Em resumo: A Excelsa Corte, ao proibir a indicação de prazo para confirmação em norma coletiva, não liberou a necessidade de confirmação. De resto, nesse sentido o comando constitucional (art. 1-º, I, b, ADCT).

Dissemos nos *Comentário aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST* (2. ed., RT, 2004, p. 240-243), que a redação da Orientação Jurisprudencial 88 da SDI-1, na nossa opinião, deveria ser a seguinte: ‘O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, c, do ADCT), desde que confirmada a gravidez’³³⁷.

³³⁷ OLIVEIRA, 2007, p. 468. No mesmo sentido, BORBA; BORBA, 1995. CARVALHO, 2007, p. 511. Este último, entretanto, reconhece que o Supremo Tribunal Federal condiciona a estabilidade apenas ao fato objetivo da gravidez. Escreve: “Como o preceito normativo não contém palavras vazias de algum significado, sempre preferimos entender que a aquisição de estabilidade se dava a partir de quando a empregada obtinha, por meio idôneo, a *confirmação* de sua gravidez, ainda que dela não tivesse conhecimento o empregador. Mas a já referida posição do STF, que detém qualificadamente a guarda do texto constitucional, no sentido de condicionar a estabilidade apenas ao fato objetivo da gravidez, parece prevalecer”.

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins, que vai um pouco mais além, afirmando expressamente que se a empregada desconhece sua gravidez, não haveria direito à estabilidade:

Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador. O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa. Na data da dispensa não havia qualquer óbice à dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la. Logo, não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego da gestante³³⁸.

Todos esses entendimentos, da mesma forma que os anteriores do Tribunal Superior do Trabalho, restringem, inconstitucionalmente, o direito fundamental à estabilidade provisória da empregada gestante, em especial, nos casos em que esta não saiba da gravidez. A confirmação da gravidez a que se refere o artigo constitucional não é e não poderia ser o teste de gravidez, mas a confirmação da data em que se deu a concepção.

Conforme indica Jorge Luiz Souto Maior, “A aquisição de tal direito por parte da gestante independe de ter havido comunicação expressa ao empregador, pois a obrigação decorrente por parte do empregador é de natureza objetiva, isto é, não depende de que tenha a ciência do fato em si da gravidez”³³⁹.

Como isso, quer-se dizer que a expressão “confirmação” indica a data da concepção, até porque o objetivo da norma é de impedir a dispensa da trabalhadora

³³⁸ MARTINS, S., 2008, p. 407. Aliás, para esse autor, inclusive, como há dúvidas sobre o significado da palavra “confirmação”, o entendimento anterior, segundo o qual havia necessidade de informar o empregador sobre a gravidez, caso houvesse norma coletiva nesse sentido, estaria correto. Segundo este autor, “Algumas normas coletivas estabelecem que a empregada tem de comunicar ao empregador dentro do período de 30 dias após o término do contrato de trabalho, para ter direito ao emprego. Decorrido o referido prazo, há a perda do direito. Entendo que essa determinação da norma coletiva não viola a Constituição, que não é clara sobre o significado da palavra ‘confirmação’, que pode, portanto, ser interpretada e complementada pela via negocial. Pode-se entender que as partes são livres na estipulação de regras trabalhistas, conforme o art. 444 da CLT, desde que não contrariem as normas de proteção ao trabalho. No caso, não se está contrariando qualquer norma de proteção ao trabalho, pois há controvérsia sobre a palavra ‘confirmação’ contida no ADCT, além do que traz maior segurança à relação jurídica entre empregado e empregador”.

³³⁹ MAIOR, 2008, p. 483. No mesmo sentido Alice Monteiro de Barros (2002, p. 325), que escreve: “Continuamos nos filiando às correntes doutrinárias e jurisprudencial segundo as quais a gravidez da empregada se vincula à teoria do risco objetivo, do risco social, porquanto o Direito do Trabalho não protege, simplesmente, o conhecimento da gravidez, nem sua divulgação, mas a gestação, na sua grandeza biológica. O termo ‘confirmar’ não altera o critério objetivista, sufragado pelos Tribunais do Trabalho, segundo os quais a ‘garantia de emprego’ e a licença-maternidade independem da comunicação da gravidez ao empregador”.

grávida e, embora haja a proteção da empregada gestante, a maior proteção visada seria a do nascituro³⁴⁰.

Os entendimentos anteriores do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de não ser possível a reintegração no emprego da empregada gestante, bem como a possibilidade de cláusula coletiva exigindo a comunicação do empregador da gravidez, para gerar o direito à estabilidade, tratava-se de nítida restrição a um direito fundamental, tanto que foram modificados. Da mesma forma, o entendimento que exige a confirmação para viabilizar eventual reintegração, no sentido desta não ser possível caso a empregada desconheça seu estado, trata-se de uma restrição. Em todos esses casos, não se observam os requisitos para a possibilidade de restrição, ou seja, os “limites dos limites”, pelo que as restrições deveriam ou devem ser consideradas inconstitucionais.

No caso da Orientação Jurisprudencial e da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, ao se permitir a criação da exigência de uma comunicação e impedir a reintegração da empregada, em qualquer hipótese, cria-se uma nova figura. Em nenhum desses casos há referência ao dispositivo constitucional ou uma interpretação de âmbito de proteção, por exemplo. Trata-se, portanto, de uma inovação ou criação, que ofende o princípio da reserva legal. No caso da dúvida sobre o que significa o termo “confirmação”, a questão poderia ser resolvida no caso concreto. Se a questão for sumulada, impedirá nas hipóteses em que a empregada desconhece a gravidez, eventual Recurso de Revista³⁴¹, implicando, também, uma violação ao mesmo princípio. Por exemplo, há casos em que a mulher somente percebe o estado gravídico quando está muito próximo de dar à luz e um entendimento, como o combatido, inviabilizará o principal objetivo do artigo constitucional. Por isso, deve-se evitar, na ausência de lei, uma decisão em caráter geral e abstrato, como restou demonstrado no tópico sobre as reservas de lei.

Segundo, as “interpretações” indicadas não visavam atingir salvaguardar um outro direito fundamental ou bem constitucional, portanto, são inadequadas. No máximo, o direito de propriedade do empregador e a livre iniciativa³⁴². Isso porque,

³⁴⁰ Cf. decisão citada na nota de número 109 por MAIOR, 2008, p. 483.

³⁴¹ Aqui, como não há essa Súmula, não se tratará dessa afirmação de forma mais detida. Entretanto, quando for tratada a questão do dirigente sindical, ficará mais claro o que se quer dizer com isso.

³⁴² Como afirma Airton Pereira Pinto (2006, p. 219), “A falta desta efetiva proteção contra o desemprego, em período comprovadamente delicado e difícil da empregada que decide ser mãe, com incremento pelo Estado de políticas públicas de incentivo à manutenção de seus postos de trabalho, pelas empresas, demonstra um paradoxo entre a existência de normas constitucionais de garantia e a

sob o ponto de vista empresarial, afirma-se que a estabilidade seria uma restrição ao poder de comando do empregador, que fica impossibilitado de agir livremente, dispensando o empregado no momento que julgar oportuno e sem maiores entraves. Afirma-se, também, que o empregado estável pode acomodar-se, deixando de realizar corretamente seu trabalho e levando a prejuízos³⁴³.

Caso as medidas indicadas sejam consideradas adequadas, passa-se à análise da necessidade. No caso da impossibilidade da reintegração, com pagamento dos salários e vantagens do período correspondente, não há necessidade desta medida. Ambas, reintegração ou pagamento de salários, em tese, podem acarretar os mesmos prejuízos a um suposto direito fundamental ou bem constitucional a ser protegido, portanto, era desnecessária. Quanto aos óbices para a geração do direito à estabilidade, talvez, sim, houvesse preservação de um direito de propriedade do empregador e a livre iniciativa, nos moldes acima indicados.

Contudo, aparentemente, nenhuma dessas medidas passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito. Além de não garantirem um direito fundamental expresso, eliminam o princípio da dignidade humana, da mãe e do nascituro, porque impossibilitam o sustento de ambos, inclusive porque, no caso da impossibilidade de restrição, indicava-se que não deveriam ser deferidas medidas liminares que visassem garantir, imediatamente, o sustento da empregada grávida. Isso tudo em nome do comando do empregador e de um suposto acomodamento do empregado. O peso maior, aqui, parece ser aquele que visa proteger a dignidade da mãe e da criança. Acresça-se que a prevalência das regras sobre os princípios e a prevalência dos direitos fundamentais considerando a dignidade humana devem ocorrer, como indicado no tópico 4.2.3.3 desta. No caso, o artigo que prevê a estabilidade não deixa muita margem sobre os pressupostos, conseqüências e objetivos.

Finalmente, qualquer uma das três restrições afeta o conteúdo essencial do direito fundamental, que no caso pode ser entendido como a dignidade humana da mãe e do nascituro, uma vez que, em nome de uma livre iniciativa e direito de

inefetiva valorização que o Estado, Poder judiciário e a sociedade têm dispensado ao tema da proteção da família, da mulher, da criança e do adolescente. Propende maior valor aos interesses econômicos das empresas que aos interesses sociais”.

³⁴³ Cf. NASCIMENTO, 2001, p. 590.

propriedade do empregador, impede-se ou se restringe a garantia de sustento da mãe e da criança no período de gestação e pós-gestação³⁴⁴.

Com isso, demonstra-se que o Tribunal Superior do Trabalho, nos dois primeiros casos, não estava atento aos requisitos para a admissão de restrições aos direitos fundamentais.

4.2 O LIMITE DO NÚMERO DE DIRIGENTES SINDICAIS

A Constituição Federal de 1988, no artigo 8º, inciso VIII, veda a dispensa do empregado dirigente sindical, enquanto durar seu mandato, salvo o cometimento de falta grave:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical observado o seguinte:
(...)

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Esse dispositivo garante, então, a estabilidade provisória ou garantia no emprego do dirigente sindical e tem como objetivo evitar represálias por parte do empregador em razão de serem postulados direitos para a categoria e para possibilitar a própria negociação.

Isso quer dizer que e conforme o artigo constitucional, em regra, o empregado eleito dirigente somente poderá ser dispensado, a partir do registro da candidatura até após 1 ano do encerramento do mandato, no caso de cometimento de um fato que dê ensejo à justa causa e após a apuração mediante inquérito judicial. Caso contrário, se a dispensa for imotivada, o empregado poderá postular sua reintegração no emprego. É o que escreve Amauri Mascaro Nascimento:

³⁴⁴ Quando se tratar da Súmula 85/TST, a questão da definição do conteúdo essencial, mesmo considerando a polêmica entre a teoria relativa e a teoria absoluta, ficará clara. As considerações feitas naquele ponto serão aplicáveis aqui. Embora este tópico seja importante, como a matéria está parcialmente superada, os argumentos sobre o conteúdo essencial foram deixados para a Súmula que ainda está em vigor.

Havendo falta grave apurada em inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho, é lícita a rescisão do contrato de trabalho. A dispensa imotivada é nula de pleno direito, ainda que acompanhada de todos os pagamentos devidos ao empregado estável. Reintegração no emprego é o direito do estável quando ilegalmente afastado, não de forma cautelar, mas através de reclamação trabalhista, caso em que, uma vez reintegrado, fará jus a todos os direitos do período de afastamento, como se a relação de emprego não tivesse sido interrompida³⁴⁵.

A Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, no artigo 522, limita o número dos dirigentes sindicais, nos seguintes termos:

Art. 522. A administração dos sindicatos será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros e de um conselho fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela assembléia geral.

O artigo 8º, inciso I, da Constituição Federal, por outro lado, proibiu qualquer interferência ou intervenção na organização dos sindicatos:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

Essa situação é apontada como um conflito entre os dispositivos constitucionais e o dispositivo celetista. É o que observa Jorge Luiz Souto Maior:

No que tange ao número de dirigentes do sindicato, há nítido conflito entre a norma constitucional que veda a interferência e a intervenção na organização sindical (art. 8º, inciso I) e o art. 522, da CLT, que determinava que a administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral. Ora, pela Constituição está proibida ao Poder Público qualquer interferência na organização sindical e não há interferência maior que esta de fixar o número dos membros da diretoria do sindicato³⁴⁶.

Num primeiro momento, a jurisprudência teria entendido que o artigo celetista era inconstitucional, porque implica uma interferência proibida pela Constituição. Entretanto, por conta de supostos abusos cometidos por alguns sindicatos, passou-

³⁴⁵ NASCIMENTO, 2001, p. 862. No mesmo sentido, MAIOR, 2008, p. 479. CARVALHO, 2007, p. 504.

³⁴⁶ MAIOR, op. cit., p. 479-480.

se a decidir em sentido contrário³⁴⁷. O Tribunal Superior do Trabalho, mais tarde, sumulou a matéria (369, inciso II):

369. DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

(...)

II – O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, não se tem reconhecido a estabilidade de outros dirigentes sindicais além da quantificação contida no artigo 522 da CLT³⁴⁸.

Por conta do que se viu nos capítulos anteriores, o artigo 522 da CLT restringe dois direitos fundamentais dos trabalhadores: a estabilidade do dirigente sindical e a não interferência e intervenção pelo poder estatal na organização sindical, além de outros de forma reflexa.

Na hipótese, como não se trata de uma reserva legal, já que o artigo 8º, inciso I, quando dispõe “nos termos da lei” está se referindo às hipóteses de falta grave, a liberdade de restrição é mais reduzida. Isso quer dizer que o poder Judiciário deve exercer um maior controle no que tange à restrição, porque, no caso, a restrição somente pode ser fundamentada numa autorização legal tácita para salvaguardar outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionais.

Como visto no capítulo 3, todas as restrições devem observar o princípio da reserva legal, o princípio da proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial.

Na hipótese, aponta-se que a reserva legal exercida (não há dúvidas sobre o fato de que o princípio da reserva legal foi observado) está baseada na prevenção de eventuais abusos que os sindicatos possam realizar e assegurar o direito do empregador de exercer seu direito de dispensa ou de não dar garantia de emprego.

³⁴⁷ Cf. MAIOR, 2008, p. 480.

³⁴⁸ Cf. CARVALHO, 2007, p. 507. Arnaldo Süssekind é um dos que concorda com a limitação contida no artigo 522 da CLT. Segundo ele, “Sempre entendemos que o direito do empregador de denunciar o contrato de trabalho, respeitando, obviamente, as normas legais pertinentes, só pode ser limitado por lei. Daí termos concluído, com Délio Maranhao, que ‘enquanto a lei não dispuser prevendo outros critérios de limitação do número de diretores do sindicato, há de prevalecer a norma do art. 522 da CLT, sob pena de sujeitar-se o empregador, na relação contratual com seu empregado, ao arbítrio da entidade sindical, o que não se coaduna, obviamente, com a própria idéia de direito’. Depois de decisões contraditórias, sobretudo no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, o TST, através da SDC, afirmou: ‘a recepção pelo art. 8º da Constituição Federal, dos arts. 522 e 543 da CLT, limitando, portanto, a estabilidade dos dirigentes sindicais ao número previsto em lei’, tranquilizando, nesse sentido, a jurisprudência da mais alta Corte trabalhista. E a Suprema Corte, em acórdão da lavra do Ministro CARLOS VELLOSO, confirmou esse entendimento”. SÜSSEKIND, 2004, p. 386.

É o que afirma Sérgio Pinto Martins, para quem o entendimento contido na Súmula está correto, porque teria o objetivo de evitar abusos, no sentido de evitar manobras por parte dos sindicatos visando assegurar o direito de estabilidade para apadrinhados e a perpetuação no poder, por meio da extensão da garantia a um número excessivo de pessoas³⁴⁹. Segundo este mesmo autor, o artigo 522 da CLT também visaria garantir os direitos e liberdade dos outros, no caso, dos empregadores em não dar garantia de emprego³⁵⁰. Com base nisso, esse autor procura justificar a restrição ao direito fundamental em questão:

Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição). Esse preceito deve ser interpretado sistematicamente com o inciso I do artigo 8º da mesma norma. Logo, é possível que a lei ordinária estabeleça certas limitações, para a garantia do exercício de direitos, não havendo qualquer irregularidade. Nada impede, portanto, que a lei ordinária limite certas situações. (...) A Constituição não restringe o número de dirigentes sindicais, nem essa é matéria constitucional, que fica a cargo da lei ordinária. No caso do art. 522 da CLT, não há intervenção do Estado, mas mera disciplina por parte da lei. O direito de a lei limitar o número de dirigentes sindicais não excede a autonomia interna do sindicato, pois atinge direitos e liberdades de outros (dos empregadores em dar garantia de emprego), que devem ser protegidos por lei³⁵¹.

Os direitos fundamentais ou bens constitucionais que se pode estar cogitando devem ser, então, a possibilidade de o empregador dispensar todos os empregados, mediante o pagamento da multa de 40% do FGTS e as verbas rescisórias, considerando o artigo 7º, inciso I; o direito de propriedade do empregador, art. 5º, *caput* e inciso XXII, porque é dono do negócio, e a livre iniciativa, art. 170, todos da Constituição Federal de 1988.

Observe-se que o argumento do abuso de direito não pode ser aceito, porque não pode ser pressuposto. Como escreve Jorge Luiz Souto Maior,

³⁴⁹ MARTINS, 2007, p. 263.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 262.

³⁵¹ *Ibid.* O Supremo Tribunal enfrentou a matéria, entretanto, a fundamentação do acórdão é semelhante à utilizada por Sérgio Pinto MARTIS, ou seja, não se faz referência ao princípio da proporcionalidade, embora se esteja diante de uma restrição a um direito fundamental. Nos termos do acórdão, “A liberdade sindical se dá nos limites da lei. A observância, aliás, dos limites da lei é característica do Estado de Direito. Permitir que o sindicato, em nome da liberdade sindical, possa criar direitos, em detrimento da outra parte, quando disposição legal estaria a impedir essa ocorrência, seria fazer tabula rasa do princípio da legalidade que deve ser observado nas relações entre Estado e indivíduo, associações e entre entidades sindicais”. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma), n.º 193.345-3. Recurso Extraordinário.

Não há como pressupor o abuso, impedindo que o direito seja exercido, até porque a figura do abuso pressupõe o exercício do direito. O abuso, por definição, pressupõe a existência de um direito. Assim, o abuso, no caso, só pode ser configurado pelo uso indevido da condição de dirigente sindical e da proteção jurídica que lhe é conseqüente. Se o trabalhador exercer, efetivamente, uma função sindical relevante para a categoria, não se pode impor-lhe óbice jurídico³⁵².

A questão deve ser resolvida com base no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

O fim pretendido é limitar o número de dirigentes sindicais estáveis e isso, num primeiro momento, sem muita reflexão, aparentemente, o artigo 522 da CLT realiza. Nesse sentido, é o que escreve Sérgio Pinto Martins:

O princípio da razoabilidade mostra que o número de membros do sindicato deve ser razoável, que é o que faz a CLT. Caso não se estabelecesse um limite, o sindicato poderia formar uma diretoria com todos os membros da categoria, conduzindo à situação de todos serem estáveis, o que não seria razoável. Da mesma forma, seria desarrazoada uma reunião de diretoria com inúmeros membros, que mais se assemelharia a uma assembléia³⁵³.

No mesmo sentido Francisco Antonio de Oliveira, para quem:

O item sumular é oportuno, pois existe uma tendência de alargar-se o benefício a um número bem maior de dirigentes sindicais com o objetivo de buscar a segurança no emprego. Entretanto, sem que a normatização para a espécie seja modificada, a conclusão razoável é a de que a Constituição atual recepcionou o preceito expresso no art. 522 da CLT³⁵⁴.

Em tese, a medida é adequada se fosse concebida apenas para fomentar a limitação do número de dirigentes sindicais. Por outro lado, o desmembramento de determinados sindicatos, para que seja possível a correta representação de uma base muito grande, pode implicar o aumento do número de empregados estáveis. Neste caso, o artigo, que procura limitar o número de empregados estáveis pode levar ao efeito contrário, além de reduzir e muito a força e representatividade dos sindicatos. Porém, além disso, a medida não garante a livre iniciativa ou o direito de propriedade, porque a estabilidade não foi criada em detrimento desses direitos. Como escreve Jorge Luiz Souto Maior, a estabilidade não necessariamente significa

³⁵² MAIOR, 2008, p. 480.

³⁵³ MARTINS, 2007, p. 262.

³⁵⁴ OLIVEIRA, 2007, p. 653.

um entrave para o direito de propriedade ou a livre iniciativa do empregador, nem significa também a possibilidade de o empregado fazer o que bem entender:

(...) se o empregado é estável no emprego essa situação por si só não constitui nenhum mal, muito pelo contrário. É preciso criar a cultura de se conviver com o instituto de estabilidade, tanto por parte do empregador quanto por parte do empregado, pois a estabilidade não significa nenhum empecilho à realização dos objetivos empresariais do empregador ao mesmo tempo em que não se constitui uma carta branca para o empregado descumprir suas obrigações pertinentes à relação de emprego. Não se nega, como dito, que alguns sindicatos tenham cometido abusos, criando cargos de direção sem nenhuma relevância para a ação sindical, mas os abusos devem ser examinados caso a caso e nesse exame o parâmetro não é o art. 522, que, nitidamente, não fora recepcionado pela Constituição Federal (...) ³⁵⁵.

A medida, assim, tem mais razões para ser considerada inadequada e, portanto, inconstitucional.

Todavia, supondo-se que a medida seja adequada, quanto à necessidade, não se imagina outra que possa ser usada, com a mesma eficácia, para limitar o número de dirigentes sindicais. Se se pretende que sejam apenas 10, o artigo cumpre esse papel. Por outro lado, há outras medidas que garantem a livre iniciativa e o direito de propriedade e não inferem na liberdade sindical, ou seja, a medida é desnecessária. Como já exposto, a estabilidade não pode ser considerada, necessariamente, um mal.

O artigo, entretanto, não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Considerando os princípios da liberdade sindical e o direito de propriedade do empregador, em conjunto com a livre iniciativa, não parece correto impedir que demandas sejam levadas aos tribunais superiores, por meio de Recurso de Revista ou Recurso Extraordinário, limitando, assim, “abstratamente”, o número de dirigentes sindicais.

De fato, pode-se admitir que o legislador pode indicar o número de dirigentes sindicais estáveis, mesmo em face do contido no art. 8º, inciso I, da CF/88 e dos princípios da adequação e necessidade. No entanto, o número de 10 dirigentes nem sempre será proporcional.

Como indica Jorge Luiz Souto Maior, o entendimento contido da Súmula do TST está equivocado, porque

³⁵⁵ MAIOR, 2008, p. 481.

Ampliar o número de pessoas estáveis não é um mal, muito pelo contrário. O abuso não está na integração de um maior número de pessoas no sindicato, tendo como efeito a aquisição de estabilidade especial, conferida pelo inciso VIII, do art. 8º, pois a constituição livre de um sindicato é o exercício de um direito constitucional³⁵⁶.

Em muitos casos, por conta do grande número de empregados que são representados por um único sindicato, 10 dirigentes é muito reduzido. Como observa Jorge Luiz Souto Maior,

(...) uma categoria profissional, geralmente, não é formada apenas por empregados de uma única empresa. A categoria abrange, por imposição constitucional, no mínimo a extensão de um Município. Assim, os dirigentes se diluem entre vários empregadores. A partir dessa constatação, ademais, o limite máximo de 10 (dez) dirigentes (7 membros na Diretoria e 3 no Conselho Fiscal) sequer parece razoável para vários sindicatos com enorme número de representados. Ademais, se a preocupação é limitar o número de estáveis, isso de fato não se dá, pois o efeito é subdivisão da categoria, com a criação de vários sindicatos muito deles sem representatividade alguma. O ideal é a formação de sindicatos fortes e sólidos e não de sindicatos de fachada³⁵⁷.

Conforme já observado, a estabilidade não necessariamente significa um entrave para o direito de propriedade ou a livre iniciativa do empregador, nem significa a possibilidade de o empregado fazer o que bem entender. Entretanto, pelo contrário, em vários casos, em detrimento dos trabalhadores e dos sindicatos, a limitação do número de dirigentes sindicais pode significar um entrave na luta por melhores condições de trabalho e a implementação e preservação de vários direitos.

O artigo 522 da CLT, então, se não pode ser declarado que é inconstitucional, em abstrato, ao menos, em determinadas hipóteses, ou seja, em concreto, será inconstitucional, por desrespeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Além do que, no caso concreto, caso constatado o abuso por parte de determinados sindicatos, a estabilidade prevista no artigo constitucional poderá ser ponderada e afastada. A regra restritiva poderá sobrepor-se.

Ocorre que, como a Súmula 269/I/TST declara constitucional o artigo, isso impede que sindicatos com uma base muito grande questionem a constitucionalidade em concreto do artigo, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Isso porque, embora caiba Recurso de Revista contra uma decisão proferida por um Tribunal Regional, o recurso dificilmente será admitido, por

³⁵⁶ MAIOR, 2008, p. 480.

³⁵⁷ Ibid., p 480-481.

conta da barreira criada por outra Súmula, a de número 333, segundo a qual “Não ensejam recursos de revista (...) decisões superadas por interativa, notório e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”. Segundo a Súmula, o artigo 522 da CLT sempre é constitucional.

Considerando todo o exposto, resta demonstrado que o Tribunal Superior do Trabalho, neste caso, não observou a dogmática específica para a admissão de restrição aos direitos fundamentais, admitindo de forma geral e abstrata uma restrição sem considerar a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade.

4.3 O MONITORAMENTO DO E-MAIL DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho enfrentou uma questão que foi apontada como sendo um conflito entre o direito de propriedade do empregador e o direito de privacidade do empregado. Na hipótese, discutia-se uma justa causa imputada porque o empregado estava remetendo, do seu e-mail corporativo, no local e horário de trabalho, fotos com mulheres nuas.

O empregador, utilizando-se de provas obtidas com o acesso ao e-mail do empregado, demitiu este com a alegação de justa causa. Em primeira instância a justa causa foi revertida, com base no artigo 5º, inciso X e XII da Constituição Federal que prevêm:

art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

E, porque, a prova foi obtida por meio ilícito.

O recurso ordinário da empresa foi julgado procedente e a justa causa foi mantida.

O empregado interpôs Recurso de Revista.

Na hipótese, dentre os dispositivos constitucionais citados, ou seja, dentro do direito fundamental de privacidade, enquadra-se o e-mail do empregado, porque se trata de uma comunicação privada³⁵⁸. Por outro lado, o envio de mensagens, via correio eletrônico, depende de um computador, um contrato de acesso e todo o aparato técnico, que tem custos e um proprietário, que é a empresa. Aponta-se, então, um conflito entre direito de privacidade do empregado e direito de propriedade do empregador.

Considerando esse conflito, verificam-se três posições bem claras.

Uma que declara a possibilidade de monitoramento e rastreamento do correio eletrônico do empregado. Trata-se, por exemplo, do posicionamento de Arion Sayão Romita, para quem o direito de privacidade não é e não pode ser absoluto. Segundo ele, o STF admite a violação quando se tem a

(...) suspeita da prática de infração penal (...) e das comunicações que comprometem a moral e os bons costumes, ou seja, em todas as hipóteses que aviltem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdade de outrem, também constitucionalmente assegurados³⁵⁹.

Ocorre que, segundo Arion Sayão Romita, seria freqüente, na prática, o empregado utilizar o computador da empresa para receber mensagens criminosas, envolvendo a exploração de sexualidade infantil, enviar mensagens humorísticas ou pornográficas, enfim, usar o meio para fins pessoais e particulares, alheios ao trabalho e mesmo incompatíveis com este³⁶⁰. Para ele, o entendimento de que os e-mails dos empregados jamais poderão ser violados, no sentido de que uma conduta nesse sentido, por parte do empregador, seria uma interferência na vida privada do trabalhador, abusiva e contrária à boa-fé objetiva que deve imperar na relação

³⁵⁸ Conforme apontam OLIVEIRA NETO; COELHO, 2003, p. 189. Para eles, a CF/88, além de assegurar o direito à privacidade, assegura o sigilo de correspondência, no art. 5º, inc. XII. Como o texto fala em sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, há extensão ao e-mail, porque este é uma forma de comunicação privada. No mesmo sentido, entende Victor Drumond, para quem o enquadramento deve ser o mais amplo possível e nesse contexto o correio eletrônico é comunicação privada e como tal estaria protegido pela Constituição, porque enquadrado na correspondência e comunicação de dados. Ou seja, "(...) é matéria constitucionalmente prevista e protegida a privacidade nos meios comunicacionais (e não comente na Internet)". DRUMMOND, 2003, p. 84-85.

³⁵⁹ ROMITA, 2007, p. 303.

³⁶⁰ Ibid., p. 304.

contratual, estaria equivocada. Para o autor, esta posição é insustentável³⁶¹, porque ela poderia gerar abusos inadmissíveis e abrir ensejo à prática de atos ilícitos³⁶².

Outra posição, intermediária, admite a ingerência do empregador nos e-mails do empregado, por conta do direito de propriedade. Ela seria intermediária, entretanto, porque essa ingerência dependeria da autorização do empregado. Conforme Victor Drummond, para tanto, há necessidade de alguns pressupostos:

- a) a empresa deveria comunicar que toda e qualquer mensagem poderá ser lida pelo departamento de informática;
- b) a empresa deve comunicar aos funcionários que eles podem ter acesso a qualquer correio particular que lhes diga respeito, sem que sejam observados ou acedidos por parte da empresa e que esta nunca poderá ter acesso a eles.

Por conta disso, a empresa poderia limitar um conteúdo a circular, razoável e que não cause o alegado congestionamento na rede.

Este autor escreve:

Deste modo a empresa mantém seu controle sobre seu próprio aparato e os funcionários possuem sua liberdade de comunicação com a devida privacidade. O direito de propriedade da empresa fica preservado, bem como o direito à privacidade dos funcionários resta intacto. Não há penetração no *estado de privacidade* dos funcionários³⁶³.

³⁶¹ Arion Sayão Romita (2007, p. 305-307) apresenta quatro distinções que seriam suficientes para fundamentar sua posição: 1- o e-mail não se identifica com a correspondência postal, de sorte que a proteção constitucional do sigilo de correspondência não se aplica ao chamado correio eletrônico (mas, como é comunicação e como o sigilo também é protegido pela Constituição, os e-mails enviados ou recebidos pelo empregado estariam cobertos pela proteção do sigilo de comunicação); 2- a função social do contrato (art. 421, do CCB) exige o fiel cumprimento das obrigações, as quais se regem pelos princípios da execução de boa-fé e da confiança recíproca, que se traduzem nos deveres de lealdade, fidelidade e obediência; 3- quanto à possível ilicitude da prova (já que o uso para fins particulares ensejaria a justa causa do empregado), o poder de fiscalização do empregador poderia ser validamente exercido, através de programas de computador; 4- cogita-se da inserção de uma cláusula contratual que permite ao empregador fiscalizar, mas para o autor esta seria despicienda, porque o controle derivaria do poder de direção.

³⁶² Ibid., p. 304-305.

³⁶³ DRUMMOND, 2003, p. 90. No mesmo sentido, Henrique de Faria Martins (2008), para quem a privacidade do empregado não pode ser derogada por contrato, contudo ela não seria absoluta. Escreve: “A caixa de correios eletrônicos utilizada pelos empregados não deve ser considerada privativa, pois a utilização adequada da mesma seria para receber e enviar e-mails cujos assuntos deveriam ser relacionados exclusivamente ao trabalho desenvolvido pelo respectivo empregado na empresa”. Para ele, então, havendo aviso e anuência prévia por escrito do empregado, pode haver o monitoramento e/ou leitura do conteúdo dos e-mails do empregado. Além disso, “No local de trabalho, o empregador tem uma preocupação legítima para que o empregado não divulgue informações confidenciais da empresa a outrem ou que não transmita e-mails com conteúdo não apropriado que

Por fim, uma terceira posição rejeita qualquer ingerência do empregador no e-mail do empregado, mesmo que haja autorização.

Para Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano de Toledo Coelho, considerando os dispositivos do Código Civil de 2002 que tratam da função social do contrato e da vedação do abuso de direito, bem como da boa-fé objetiva, o empregador não pode ter essa ingerência, ou seja, não pode monitorar e acessar o correio eletrônico do empregado. Segundo eles, “As teorias que justificam o poder diretivo devem ser revistas. Não se pode aceitar que a propriedade dos meios de produção, por exemplo, justifique a violação de garantias fundamentais do indivíduo, asseguradas constitucionalmente”³⁶⁴.

Estes autores, inclusive, rebatem o posicionamento de Arion Sayão Romita. Para eles, concordando com este último autor, o uso do computador da empresa, em hora e local de expediente, para transmissão de conteúdo pornográfico ou não relacionado com o trabalho, implica em justa causa. Contudo, o problema está na forma pela qual o empregador fará a prova. Eles, então, concluem: “Certamente, a violação do e-mail pessoal do trabalhador faltoso não poderá ser admitida. Não há dúvida de que existem outras maneiras de verificar o comportamento faltoso desse, maneiras que não violem as garantias constitucionais e os princípios do novo Código Civil”³⁶⁵.

Para Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano de Toledo Coelho, porque os direitos de personalidade são indisponíveis, dentre os quais se inserem o direito à privacidade, não há possibilidade de autorização ou cláusula contratual permitindo a monitoração ou acesso aos e-mails³⁶⁶.

não sejam relacionados ao trabalho, tais como materiais pornográficos ou piadas para não sobrecarregar a rede da empresa causando, em alguns casos, a perda de conexão resultando ou não recebimento de arquivos importantes ou na necessidade de aquisição de placas de memória para ampliação da capacidade dos sistemas. Sem mencionar o recebimento de vírus que podem vir anexados a e-mails e que podem causar um dano irreparável, como foi o caso do vírus ‘I Love You’. Em contrapartida, o empregado espera que sua vida privada será devidamente respeitada pelo empregador, inclusive com relação às informações contidas em sua caixa de correios eletrônicos”. Segundo o autor, então, informada a forma de utilização do e-mail, com fiscalização e monitoramento e mediante ciência e autorização do empregado, a prática seria possível

³⁶⁴ OLIVEIRA NETO; COELHO, 2003, p. 196.

³⁶⁵ Ibid., p. 198.

³⁶⁶ Escrevem: “Os e-mails dos empregados, ainda que versem sobre assuntos que não tenham ligação com a atividade laboral, jamais poderão ser violados, inclusive nos casos em que houver previsão contratual vedando a utilização do correio eletrônico para assuntos particulares. Eventual cláusula inserida no contrato de trabalho nesse sentido será tida como nula, ante a presunção de coação no momento da contratação”. Ibid., p. 200.

No mesmo sentido, o posicionamento de Antonio Silveira Neto e Mario Antonio Lobato Paiva, para quem

(...) é inadmissível a interceptação de mensagens eletrônicas dos empregados no âmbito da empresa, com intuito de verificar o seu conteúdo, mesmo quando há o propósito de se evitar atos ilícitos. Faz-se necessário ordem judicial para que o e-mail possa ser lido, sob pena de violação da regra constitucional esculpida no art. 5º, inciso XII, da Carta Política³⁶⁷.

O Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se sobre a matéria e entendeu que a utilização de e-mail enviado pelo empregado não se trata de prova ilícita e pode ser utilizado para fundamentar eventual rescisão por justa causa. A ementa do acórdão foi a seguinte:

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. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o 'e-mail' corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográfica. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se cuida de 'e-mail' corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador,

³⁶⁷ SILVEIRA NETO; PAIVA, 2003, p. 12-13. Concorde-se com este posicionamento, especialmente porque os argumentos, que serão trazidos ao final do artigo, demonstram a inconstitucionalidade de posição diversa e da decisão tomada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Esse posicionamento é "mais proporcional".

igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de 'e-mail' de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em 'e-mail' corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal" (Autos de n.º 00613-2000-013-10-00-7)³⁶⁸.

Segundo a decisão, o "e-mail" corporativo é uma ferramenta de trabalho e o que estaria em questão seria o exercício do direito de propriedade do empregador e a sua responsabilidade perante terceiros por atos de seus empregados, dentre outros argumentos colocados abaixo.

Há, portanto, um conflito de direitos fundamentais: a privacidade do empregado versus o direito de propriedade do empregador e como tal deveria ser resolvido.

De duas, uma: o Tribunal pode entender que não há direito de privacidade neste caso, considerando que essa hipótese fática não faz parte do suporte fático do direito fundamental a privacidade; ou o Tribunal pode reconhecer que há uma restrição ao direito fundamental e, assim, deveria utilizar a dogmática específica, averiguando se a medida utilizada está adequada ao princípio da proporcionalidade.

Na hipótese, o Tribunal afirmou que "o empregado, ao receber uma caixa de 'e-mail' de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade". Portanto, na hipótese, houve uma limitação do suporte fático, não implicando um conflito com o Direito de Propriedade. Ressalte-se, entretanto, que não parece que seja essa a intenção do Tribunal. A leitura integral do acórdão demonstra a procura de argumentos para dar um peso maior ao direito de propriedade do empregador.

De toda sorte, o problema é que, seguindo o raciocínio do suporte fático restrito, uma simples comparação descarta o afastamento do direito de privacidade. Por exemplo, os banheiros também são de propriedade da empresa e nem por isso se admite a instalação de câmeras neles para vigiar as atividades em tais locais. Da

³⁶⁸ Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). nº único: 00613-2000-013-10-00. Agravo de Instrumento.

mesma forma, os telefones são de propriedade do empregador e ninguém admite a utilização de escutas telefônicas sem autorização judicial³⁶⁹.

Na hipótese, então, a solução deve partir de um suporte fático amplo, sob pena de se admitir que as duas hipóteses anteriores também não fazem parte do direito de privacidade. A utilização de um suporte fático amplo implica a colisão entre o direito de privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador; isso requer a utilização de dogmática específica.

Observe-se que num dos votos, houve referência aos princípios da proporcionalidade. Como se infere no corpo do acórdão,

No Brasil, penso que não há razão par adotar solução diferente. Sem mais, é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa *a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro* (destacamos).

A tentativa e referência ao princípio da proporcionalidade estão certas, mas, infelizmente, a referência foi apenas retórica, porque o princípio não foi aplicado a sua integralidade, ou seja, contemplando seus subprincípios.

Os principais argumentos utilizados para justificar o monitoramento e rastreamento do e-mail corporativo do empregado seriam os seguintes:

- a) toda a estrutura de utilização do e-mail pertence à empresa e os dados seriam de sua propriedade;
- b) o poder de direção do empregador, que implica o direito de organização, controle e disciplina, admite a interceptação das mensagens;
- c) como a empresa é responsável pelos atos dos seus empregados, contra terceiros, a fiscalização seria legítima;
- d) o e-mail não implica privacidade, porque pode ser lido por qualquer administrador do provedor pelo qual passou a mensagem³⁷⁰.

Cada um dos argumentos utilizados para autorizar o monitoramento e rastreamento dos e-mails dos empregados não pode ser admitido³⁷¹.

³⁶⁹ SILVEIRA NETO; PAIVA, 2003, p. 11.

³⁷⁰ Conforme apontam SILVEIRA NETO; PAIVA, loc. cit. Esses argumentos estão quase que na integralidade presentes na ementa do acórdão do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁷¹ Conforme rebatem SILVEIRA NETO; PAIVA, loc. cit.

O poder de direção, por si só, não justifica a autorização para o monitoramento e controle, porque o direito à privacidade trata-se de um direito fundamental, que também deve ser preservado. A intromissão na esfera íntima para o exercício do poder de direção seria abuso de direito.

Além disso, segundo Antonio Silveira Neto e Mario Antonio Lobato Paiva:

(...) o monitoramento do e-mail do empregado impede o exercício do direito à liberdade de expressão, do direito à crítica e até de reflexão sobre as condições de trabalho. De sorte que, a interceptação das mensagens impede que o trabalhador possa discutir, com os demais as formas de desempenho das funções, os desgostos com os superiores, a desconfiança de uma prática ilícita e a reivindicação por melhores condições de trabalho. Permitir o acesso ao conteúdo das mensagens é exigir um comportamento dócil e conformista do empregado diante do órgão empresarial, que nos tempos atuais tem por obrigação atuar de maneira ética e de acordo com uma finalidade social que não se resume a consecução do lucro, puro e simples. O monitoramento irrestrito do conteúdo das mensagens eletrônicas conduz a um controle abusivo sobre a personalidade do trabalhador³⁷².

Quanto à possível responsabilização da empresa por atos do empregado, não leva necessariamente à autorização para invasão da privacidade. Há instrumentos tecnológicos menos invasivos que podem evitar danos a terceiros, no sentido de se usar programas que impeçam o envio de mensagem a endereços não cadastrados, rastreamento de maneira ímpessoal de palavras ofensivas, desde que com prévio comunicado, proibição, por códigos, do envio de imagens ou arquivos anexos determinados. Veja-se que a proibição da leitura não significa a impossibilidade de fixação de regras e vedações para a utilização da correspondência eletrônica.

Por fim, embora o administrador do sistema possa facilmente ver o conteúdo do e-mail, isso não quer dizer que as comunicações eletrônicas não estão amparadas pelo direito à privacidade. Como no caso do correio eletrônico, de igual forma a comunicação por telefone, celular ou fixo, também pode ser facilmente interceptada e ouvida. Nem por isso, argumentou-se que a proteção conferida pela Constituição seria descabida ou impertinente no último caso.

Acresça-se, finalmente, que, além de tudo que foi exposto, há, ainda, um porém. O empregado ao se comunicar com terceiros pode estar enviando

³⁷² SILVEIRA NETO; PAIVA, 2003, p. 11.

informações inerentes e relacionados a sua privacidade. Na outra ponta, por sua vez, há alguém que possui um estado de privacidade e que deve ser preservado³⁷³.

Considerando todo o exposto, parece que se admitir o monitoramento e rastreio dos e-mails do empregado, ainda que corporativo, trata-se de uma restrição ilegítima ao direito fundamental à privacidade. A medida é desproporcional por afetar os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A leitura e acesso ao conteúdo dos e-mails dos empregados são adequados para evitar alguns daqueles pontos indicados como justificadores, como, por exemplo, o envio de fotos de mulheres nuas ou a prática de alguns atos ilícitos. Entretanto, nem sempre vai evitar que a rede fique congestionada ou que todos os atos ilícitos contra terceiros sejam evitados.

Por outro lado, o teste da necessidade parece ser derradeiro, porque há outros meios, bem menos agressivos, que passam longe da necessidade de restringir o direito à privacidade, que podem garantir a produtividade ou evitar envio de mensagens com conteúdo inapropriado, por exemplo. Esses meios, inclusive, ao impedir o envio de determinados arquivos podem ser até mais eficazes para evitar envio de mensagens e controlar conteúdos, evitando, inclusive o congestionamento da rede, porque todos os e-mails serão verificados.

Finalmente, caso a medida fosse considerada adequada e necessária, o custo benefício da medida, ao se violar a privacidade do empregado, no caso específico, não está demonstrado. Não necessariamente o direito de propriedade deve prevalecer sobre a privacidade dos empregados e de terceiros, estranhos à relação de emprego.

Observe-se que em determinadas circunstâncias o empregador poderá conhecer o conteúdo do e-mail dos seus empregados. Essa hipótese deverá, contudo, ser tratada como exceção.

É o que escrevem Antonio Silveira Neto e Mario Antonio Lobato Paiva:

³⁷³ Trata-se de objeção apresentada por Victor Drummond (2003, p. 91), que escreve: “Neste sentido, não se pode alegar que haja uma política de informação por parte da empresa de que as mensagens venham a ser observadas, examinadas ou monitoradas. Pouco importa, para quem não faz parte dos quadros da empresa, se existe um alerta para que alguém possa vir a examinar as mensagens por tratar-se de um correio eletrônico de terceiro que não é seu interlocutor. Ora, ao fazer incidir dados ou informações pessoais em mensagens eletrônicas, o interlocutor do funcionário não pode ser surpreendido com a interferência de terceiros, sendo a prática destas, violação de privacidade”.

(...) o e-mail dos trabalhadores na empresa é um instrumento de trabalho e, em determinadas circunstâncias e com determinadas políticas, é possível que o empresário possa conhecer o conteúdo desses e-mails em situações de abuso a respeito das quais haja indícios objetivos de que estão sendo perpetrados. Esses indícios devem ser baseados em critérios objetivos como, por exemplo, a frequência no número de comunicações de caráter pessoal, ou o título próprio das mensagens no caso do correio eletrônico. Nesses casos, se o empresário tiver um indício objetivo de que está sendo produzida uma situação de abuso deverá ser permitido o controle, estabelecendo o mínimo de garantias exigíveis, por parte do trabalho, a respeito de seus direitos³⁷⁴.

O que não se pode nunca admitir é o controle de forma indiscriminada.

Como escrevem Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Luciano de Toledo Coelho,

(...) o empregador por mais que seja proprietário dos computadores e softwares que integram o estabelecimento comercial, não encontra no direito de propriedade a autorização para violar as correspondências eletrônicas de seus empregados. Não é razoável que o direito de propriedade do empregador prevaleça sobre o direito à intimidade e à privacidade do empregado³⁷⁵.

Assim, qualquer prática, entendimento ou decisão que autorize a verificação e monitoramento do e-mail do empregado, de forma indiscriminada, ainda que seja um e-mail corporativo, parece ser inconstitucional, porque se trata de restrição ilegítima do direito fundamental à privacidade do empregado em relação a seus e-mails, por violar diretamente o princípio da proporcionalidade.

Resta demonstrado que, neste caso, o Tribunal Superior do Trabalho não estava, também, devidamente atento à dogmática específica das colisões entre direitos fundamentais.

4.4 A SÚMULA 85 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

As últimas hipóteses que se pretende demonstrar são aquelas disciplinadas pela Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁷⁴ SILVEIRA NETO; PAIVA, 2003, p. 12.

³⁷⁵ OLIVEIRA NETO; COELHO, 2003, p. 199.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, incisos XIII e XVI, dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” à “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” e à “remuneração do serviços extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal”. Num dos dispositivos, a Constituição também prevê a possibilidade da compensação ou de um regime compensatório, no sentido de que a duração do trabalho não pode ser diferente daquela prevista, “(...) facultada a compensação de horários (...) mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”:

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

(...)

XIII – duração do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

(...)

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

A Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho trata de toda essa matéria e tem a seguinte redação:

n.º 85. “COMPENSAÇÃO DE JORNADA

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por *acordo individual escrito*, acordo coletivo ou convenção coletiva.

II. O *acordo individual para compensação de horas é válido*, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

III. O mero não-atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, *inclusive quando encetada mediante acordo tácito*, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido *apenas o respectivo adicional*.

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto *àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário*.

Três pontos dessa disposição são restrições inconstitucionais, por não observarem a dogmática específica e devem ser questionados³⁷⁶. A Súmula 85 do Tribunal Superior Trabalho admite:

³⁷⁶ Ressalte-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas traz outras restrições, como, por exemplo, a exclusão da jornada dos minutos que a antecedem e sucedem (“Art. 58. §1º. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no restrito de ponto não

- a) em algumas hipóteses, o pagamento exclusivo do adicional;
- b) de forma implícita, a compensação 1 para 1, ou seja, uma hora extra trabalhada significaria apenas 1 hora extra de descanso;
- c) o acordo direto com o empregado, inclusive o acordo tácito.

4.4.1 O pagamento apenas do adicional de horas extras

A jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado fica à disposição do empregador em virtude do contrato de trabalho, sendo que ela mede a principal obrigação do empregado, o tempo de prestação de trabalho, de disponibilidade, perante o empregador. Por outro lado, a jornada é a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados).³⁷⁷

A Constituição prevê, expressamente, que a jornada diária será de no máximo oito (08) horas e a semanal de quarenta e quatro (44) horas. E, de acordo com o artigo constitucional, toda jornada extraordinária será devida com sobre-remuneração. Isso significa que a nona (9ª) e décima horas (10ª), se for o caso, devem ser pagas como horas extraordinárias: hora cheia, mais adicional.³⁷⁸ O adicional deve ser no mínimo de cinquenta por cento, como determina a

excedentes de cinco minutos observado o limite máximo de dez minutos diários"); o tempo despendido até o local de trabalho ("Art. 58. §3º. "O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução"); ou empregado que exerce o cargo de confiança ("Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (...) II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial"). Aqui, a análise será limitada à Súmula.

³⁷⁷ Cf. DELGADO, 2006, p. 830. No mesmo sentido, DALLEGRAVE NETO, 1997, p. 17. NASCIMENTO, 2001, p. 695.

³⁷⁸ Para ilustrar o que se quer dizer, exemplifica-se matematicamente: um empregado que trabalha 44 horas semanais e recebe R\$ 1.000,00 (um mil reais) por mês, terá como salário hora o valor de R\$ 4,54 (quatro reais e cinquenta e quatro centavos), caso o divisor adotado seja o 220. Ou seja, cada hora trabalhada equivale a R\$ 4,54. Todas as suas horas extras, salvo previsão mais favorável, deverão ser remuneradas com o valor de R\$ 6,81 (seis reais e oitenta e um centavos). Isso porque se pega a hora cheia R\$ 4,54, mais 50% (R\$ 2,27 – dois reais e vinte e sete centavos), que totalizam R\$ 6,81.

Constituição, podendo ser mais favorável, conforme previsão especial (acordo ou convenção coletiva e contrato de trabalho, por exemplo).³⁷⁹

Os itens “III” e “IV” da súmula admitem o pagamento apenas do adicional em algumas hipóteses.

A lei não traz nenhuma previsão nesse sentido. É o que afirma, inclusive, Sérgio Pinto Martins, para quem “A lei não dispõe que deve ser pago apenas o adicional”. E,

Se a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação, as horas que ultrapassam o módulo semanal devem ser pagas como extras, isto é, paga-se a hora mais o adicional. Quanto àquelas destinadas à compensação, paga-se apenas o adicional e não a hora. Entendo que foi descaracterizado o acordo de compensação, tudo é nulo, devendo haver o pagamento da hora e do adicional. O verbete tipifica situação injusta para o empregado que presta serviços extraordinários e recebe apenas o adicional, quando na verdade todas as horas excedentes de oito diárias e 44 semanais já são consideradas como extras, sendo que o empregado foi contratado para trabalhar apenas dentro dos limites mencionados³⁸⁰.

No mesmo sentido, o entendimento de Francisco Antonio de Oliveira:

O acordo de compensação de jornada firmado pelas partes não cumprido pelo empregador descaracteriza avença e impõe ao trabalhador carga de trabalho superior. De conformidade com a Súmula ora sob comento, as horas destinadas à compensação somente serão remuneradas pelo adicional. Não nos parece razoável minimizar o comportamento daquele que não deu cumprimento ao contrato e impôs carga maior de trabalho, com concentração de toxinas, premiando com o pagamento apenas do adicional. Descumprindo o contrato firmado para a compensação de horas, razoável é que o empregador pague o excesso como horas extras³⁸¹.

Os dois itens, quando permitem apenas o pagamento do adicional, violam o princípio da reserva legal, ou seja, sob o aspecto formal a restrição é inconstitucional, porque não há previsão para pagamento apenas do adicional.

³⁷⁹ Cf. DELGADO, 2006, p. 847.

³⁸⁰ MARTINS, 2007, p. 55.

³⁸¹ OLIVEIRA, 2007, p. 182. Em sentido contrário escreve Emílio Rothfuchs Neto (2002, p. 187), para quem “Quando a compensação se faz irregularmente, sem acordo escrito, por exemplo, mas observado o limite de 10 horas diárias e respeitada a carga semanal, deve ser levado em conta que o empregado já teve as horas remuneradas de forma simples, dentro do salário contratual pago pelo empregador, ficando este a dever-lhe, pela horas excedentes de cada dia, apenas o respectivo adicional e não o pagamento da hora acrescida. As horas trabalhadas já estavam pagas no salário contratual do empregado, visto que este não excedeu os limites permitidos para o trabalho, nem no dia, nem na semana, mas, apenas porque não foram observadas as exigências formais de validade deste regime, devem ser pagas como extras as excedentes em cada dia. Como a hora já estava paga pelo salário normal, devido será apenas o respectivo adicional. Este entendimento foi consagrado no Enunciado nº 85 da Súmula do TST”. No mesmo sentido que o último, ABUD, 2008, p. 128.

Por outro lado, suponha-se que, neste caso, trata-se de mera interpretação. Passa-se, então, para análise do princípio da proporcionalidade. No caso, é difícil adivinhar qual direito fundamental ou bem constitucional o Tribunal Superior do Trabalho está querendo preservar³⁸². Observe-se que não há motivo para que o empregador observe a Constituição ou as exigências legais, no que se refere à compensação, pois meros descumprimentos da lei implicariam apenas o pagamento do adicional³⁸³. Aparentemente, isso é um indicativo de que o princípio da proporcionalidade está sendo violado também. Some-se a isso que, o artigo 7º, inciso XVI, parece estar estruturado como regra, ou seja, aplicam-se os dois critérios sugeridos no tópico sobre a ponderação (3.3.2.3).

Por fim, na presente hipótese, parece não haver dúvidas de que o núcleo essencial do direito fundamental não é observado.

Em que pese a controvérsia acerca do que seja o conteúdo essencial, aparentemente, em alguns dos direitos parece que seu conteúdo mínimo está claramente definido. Como observa Luis Fernando Calil de Freitas³⁸⁴, o âmbito de proteção e o núcleo essencial dependem de se tratar o direito fundamental de prestações negativas e prestações positivas, no sentido de que o núcleo essencial dos direitos de defesa e direitos a prestações demandam um tratamento diferenciado.

Como indica Ingo Wolfgang Sarlet, a Constituição de 1988 acolheu os direitos fundamentais sociais, reconhecendo seu “status” de autênticos direitos fundamentais. Nesse contexto, a eles é aplicável a norma contida no art. 5º, §1º³⁸⁵. Considerando isso, por conta da posição que eles estão situados, cabe observar que

³⁸² Como indicam Orlando Gomes e Élon Gottschalk, a própria exigência da realização de horas extras pode ser considerada como uma limitação da duração diária do trabalho e isso é feito em interesse do empregador. Segundo esses autores, “O *trabalho extraordinário* exigido para fazer em face do aumento da produção, no interesse do empregador, é a mais importante derrogação ao princípio da limitação da duração diária do trabalho. A permissão está subordinada, porém, a: 1º) um máximo de duas horas diárias excedentes por dia e 12 semanais; 2º) pagamento de um sobre-salário mínimo a partir de 50% superior à hora normal; 3º) celebração de acordo ou convenção coletiva”. GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 302. No mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento, para quem “(...) o movimento trabalhista modificou substancialmente a atitude dos homens diante do problema, com a ação vigora pela limitação das horas diárias de trabalho e com um início, posterior, incipiente, de participação dos operários em pequenas atividades culturais e esportivas, nos países de maior desenvolvimento, e com as intervenções do rádio, cinema, televisão etc. Aos poucos a necessidade de dosagem entre tempo de trabalho e tempo livre passa a constituir uma exigência legal, de tal modo que hoje ninguém mais duvida da imperatividade desse equilíbrio, meio de eficaz e salutar evolução dos povos”. NASCIMENTO, 2001, p. 697-698.

³⁸³ Cf. OLIVEIRA, 2007, p. 182.

³⁸⁴ FREITAS, 2007, p. 201-204.

³⁸⁵ SARLET, 2006b.

na clássica dicotomia, sem excluir de outros critérios de classificação, entre direitos de defesa e direitos a prestações, nem sempre os direitos sociais implicaram direitos a prestações. Como observa este autor, os direitos fundamentais sociais podem ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, pois visam fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades e têm como objetivo a garantia de uma igualdade e liberdade real, compensando as desigualdades sociais. Eles, então, reclamariam, assim, uma postura ativa do Estado. Entretanto, essa afirmação não está de todo acertada, porque nem todos os direitos a prestações são direitos sociais e nem todos os direitos sociais se limitam a uma dimensão prestacional. Exemplo disso seriam os direitos sociais previstos nos artigos 7º a 11 da CF/88 e que podem ser reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa³⁸⁶.

O problema dessa classificação é que as duas categorias distinguem-se sobre o aspecto da positivação e isso afeta na análise dos requisitos formais e materiais da legitimidade das restrições. Os direitos de defesa (direitos negativos) não costumam ter a plena eficácia e aplicabilidade questionadas; já os direitos prestacionais, habitualmente necessitam de uma concretização legislativa, ou seja, têm cunho eminentemente programático.³⁸⁷

Considerando isso, partindo-se da teoria absoluta ou da teoria relativa, não parece haver dúvida de que o ponto inicial será sempre o pagamento da hora acrescida de 50%, no caso de horas extras. Em ambas as teorias, considerando a hipótese trazida pela Súmula, “não-atendimento das exigências legais” ou “a prestação de horas extras habituais” e o comando constitucional, parece claro que deve haver o pagamento das horas, acrescido do adicional, sob pena de violação do núcleo essencial e de inconstitucionalidade.

³⁸⁶ O autor escreve: “(...) podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente - ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). (...) entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. (...) como direitos à libertação da opressão social e da necessidade”. SARLET, 2006b.

³⁸⁷ Ibid.

Como observa José Joaquim Gomes Canotilho, a aplicação imediata de alguns direitos fundamentais depende da determinabilidade do direito. Se o direito estiver determinado, ele terá validade, efetividade e vinculabilidade³⁸⁸. Na hipótese da realização de horas extras, sem compensação, não resta dúvidas de que a consequência imediata é o pagamento das horas extras, que significa a hora cheia, mais o adicional.

Além disso, como indica Luis Fernando Calil de Freitas, referindo-se a Beatriz Gonzáles Moreno,

(...) as normas jusfundamentais prestacionais podem impor ao legislador determinadas limitações objetivas à sua liberdade de conformação, a principiar pelas mais evidentes que decorrem da circunstância de que alguns de seus enunciados contêm especificações conceituais que os fazem mais específicos, claros e precisos do que os direitos de defesa. Relativamente a alguns direitos fundamentais de cunho prestacional, a própria literalidade do enunciado da norma constitucional permite, desde logo, prefigurar o âmbito de proteção com as hipóteses fáticas protegidas e o efeito dessa proteção, do que decorre a possibilidade de estabelecimento do núcleo essencial³⁸⁹.

Nessa categoria “especial”, Luis Fernando Calil de Freitas inclui o inciso XVI. Para ele, o respectivo teor literal permite ao intérprete/aplicador desde logo delimitar

³⁸⁸ Segundo o autor, no direito constitucional europeu, até meados do século XX, as normas de direitos fundamentais eram normas enfraquecidas, porque dependiam de regulamentação. Nesse contexto, os direitos degradavam-se juridicamente e eram tidos como declarações político-constitucionais. Em termos dogmáticos, eles dependiam da reserva de lei. Nas constituições de pós-guerra, pretende-se a aplicabilidade imediata de tais direitos, com reforço da normatividade, tornando clara 1- a natureza de direitos constitucionais e 2- sua força normativa, independentemente de uma lei concretizadora. Isso que dizer que os direitos fundamentais valem: “(1) como *norma normata* e não apenas como *norma normans*; (2) *prima facie*, aplicam-se directamente sem necessidade de uma *auctoritatis interpositio*, sobretudo na forma *interpositio legislatoris*; (3) *prima facie*, constituem *direito actual e eficaz*”. Essa afirmação significa que “(1) a aplicabilidade directa não significa que as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias configuram *direitos subjectivos*, num sentido clássico de direitos absolutos, mas, (2) de qualquer modo, elas conferem ao particular o *direito* de invocarem estas normas consagradoras de direitos e, neste sentido, afirma-se que os direitos fundamentais transportam em regra direitos subjectivos; (3) a aplicabilidade directa não dispensa um grau suficiente de determinabilidade, ou seja, um conteúdo jurídico-constitucional, em que se defina o âmbito de protecção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos e, ainda, as dimensões fundamentais das restrições necessárias à harmonização de direitos conflituantes”. Quando não se puder recortar o conteúdo do direito quanto ao âmbito de protecção e quanto aos efeitos jurídicos, há necessidade de uma lei densificadora. O ponto, então, é a questão da determinabilidade, no sentido de que as normas que forem determináveis são directamente aplicáveis. A determinabilidade, entretanto, é uma questão de juridicidade, uma questão de segurança, uma questão de igualdade jurídica, uma questão de legislação e um pressuposto do próprio sistema de direitos fundamentais. Aqui, interessa a última questão, no sentido de que os pressupostos, para tornar suficientemente preciso e determinável, são 1- os pressupostos de fato; 2- as consequências ou efeitos jurídicos; 3 as cláusulas restritivas do âmbito de protecção. Determinados os pressupostos, garante-se a validade, efetividade e vinculatividade das normas de direitos fundamentais. CANOTILHO, 2008, p. 145-148.

³⁸⁹ FREITAS, 2007, p. 203.

o suporte fático que dá lugar à aplicação da norma e às respectivas conseqüências jurídicas e, neste caso, também, definir-se o conteúdo essencial do direito³⁹⁰.

Repita-se, ainda, que um dos critérios propostos para a ponderação, caso haja necessidade, é a preponderância, em geral, das regras.

O Tribunal Superior do Trabalho, portanto, não observou a dogmática constitucional, autorizadora das restrições, quando possibilitou o pagamento apenas do adicional de horas extras. Neste caso, a restrição é inconstitucional.

4.4.2 A compensação 1x1

Trata-se de polêmica que não está presente na maioria dos textos.

Aparentemente, por conta de uma leitura apressada do artigo 59 da CLT, a compensação deveria ser entre 1 hora extra trabalhada por 1 hora extra de descanso.

Entretanto, não é isso que a lei indica.

De acordo com o parágrafo segundo, “poderá ser dispensado o acréscimo de salário”, ou seja, o empregado não receberá as horas extras e seus reflexos, porque terá a “correspondente diminuição em outro dia”. Resta saber, então, o que significa uma “correspondente diminuição”.

³⁹⁰ O autor escreve “São exemplos de tal situação, no sistema constitucional vigente no Brasil, dentre outras, as previsões do artigo 7º, incisos I, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXIII, XXXIV, todos da Constituição da República. Não se pode deixar de referir que, alguns dos exemplos mencionados tratam mais propriamente de direitos a prestações negativas, e, muito embora arrolados pelo legislador constituinte dentre os denominados direitos sociais, não têm cunho prestacional positivo sendo, no máximo, classificáveis com maior rigor como direitos à proteção ou direitos a prestações normativas e direitos à organização e ao procedimento. De qualquer sorte, dentre os exemplos elencados, sem qualquer sombra de dúvida os incisos IV, VII, VIII, IX, XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, XXV, XXIX cuidam-se efetivamente de direitos sociais prestacionais em relação aos quais o respectivo teor literal permite ao intérprete/aplicador desde logo delimitar o suporte fático que dá lugar à aplicação da norma e às respectivas conseqüências jurídicas. Tal fenômeno se dá, na esteira do pensamento de ALEXY, em razão de que a adscrição de regras aos princípios dissolve sua natural vagueza, amplitude e abstração, dando lugar à maior definição e determinabilidade que é típico das regras, o que possibilita sua aplicação com recurso à subsunção, já que tais normas pela estrutura (preceito + conseqüência) e pelos conteúdos que veiculam (proibição, obrigação ou faculdade) são mais facilmente concretizáveis. É dizer, quando a norma contém a um só tempo princípio e regras, o legislador constituinte já ponderou relativamente a determinados limites de conteúdo do direito fundamental, com o que resulta menos laboriosa a tarefa de definir-se o conteúdo essencial do direito em questão”. Nota de rodapé n.º 741. FREITAS, 2007, p. 203.

Como já exposto, em que pese a controvérsia acerca do que seja o conteúdo essencial, aparentemente, em alguns dos direitos parece que seu conteúdo mínimo está claramente definido. Este é o caso das horas extras.

Segundo a Constituição, artigo 7º, inciso XVI, “a remuneração do serviço extraordinário” será de “no mínimo” 50%. Isso significa que, toda hora extra trabalhada deve ser remunerada com mais uma hora e o adicional: hora cheia, mais o adicional. Como também já indicado, esse artigo pode ser reconduzido ao grupo dos direitos de defesa e tais direitos não costumam ter a plena eficácia e aplicabilidade questionadas.

Considerando isso, partindo-se da teoria absoluta ou da teoria relativa, não há dúvida de que o ponto de partida de qualquer discussão que envolva horas extras e compensação é o de que toda hora extra significa o pagamento da hora cheia, mais adicional de 50%, sob pena de violação do núcleo essencial e de inconstitucionalidade.

Observe-se, por derradeiro, que a compensação de horas extras tem suas origens naquilo que se denominou de “semana inglesa”. Como observa Sérgio Ferraz, ainda sob a vigência da Constituição anterior, que previa, expressamente, apenas a duração do trabalho diário como sendo no máximo de oito horas (art. 165, inciso VI) e o repouso semanal remunerado (art. 165, inciso VII), ou seja, 48 horas semanais, adotou-se, no Brasil, a prática de redução ou suspensão do trabalho nos sábados. Como escreve o autor,

Generalizou-se, entre nós, a adoção do costume de suspender o trabalho, ao início da tarde de sábado, o que acarreta evidentemente uma redução na duração semanal do serviço. A origem desse costume, localizada na Inglaterra, fez com que a ele se atribuisse a denominação de semana inglesa ou sábado inglês³⁹¹.

A redução do trabalho no sábado, no entanto, não implicava o acréscimo da jornada noutros dias. Caso isso ocorresse, esse acréscimo deveria ser acompanhado com a devida reparação. É o que escreve o mesmo autor:

A redução ou supressão do trabalho aos sábados, em decorrência das fontes que foram citadas, não pode, contudo, acarretar o acréscimo da jornada nos dias anteriores sem qualquer reparação, eis que, como vimos há pouco, o conceito de jornada normal, como até mesmo etimologicamente

³⁹¹ FERRAZ, 1977, p. 20.

não poderia deixar de ser, refere-se ao dia e não à semana. Assim, qualquer hora prestada além da jornada normal, ainda que coubesse dentro do quantitativo semana global, a que originariamente o empregado, será considerado trabalho extraordinário para efeito da incidência das regras específicas relativas a este assunto³⁹².

Com isso se quer dizer que, em toda compensação de horas extras, seja individual, seja por instrumento coletivo, deve-se prever que ela será sempre de 1 hora, por 1 hora, mais meia, ou seja, a cada duas horas extras trabalhadas, o empregado deve descansar 3 horas³⁹³. Em resumo, a “correspondente diminuição” significa, por conta de não haver o pagamento de salário e reflexos, não a compensação da 1 hora extra, por uma hora de descanso, mas sim a compensação de 1 hora extra, por 1 hora e meia de descanso.

Caso isso não seja observado, o comando que determina uma jornada diária máxima e que determina o acréscimo de 50% sobre a hora normal, ou seja, o conteúdo essencial será violado e a medida deve ser declarada inconstitucional.

4.4.3 O acordo tácito e o acordo escrito como autorizadores da compensação

A compensação ainda tem mais dois pontos controversos:

- a) o instrumento que permite a implementação do regime compensatório;
- b) limite temporal para a compensação.

³⁹² FERRAZ, 1977, p. 20.

³⁹³ Essa questão já foi observada por outros autores. Como indica José Eduardo Alcântara, na prática e na generalidade dos casos, a compensação é feita hora por hora (1x1), sem referência à compensação do percentual de 50%, que se refere ao desgaste do trabalho excedente e o que tornaria razoável a compensação 1x1,5 (1 hora trabalha em excesso compensada por 1,5 hora de descanso). Não se concorda, entretanto, com a necessidade de proposta legal nesse sentido, como sugerido por este autor, pois, nos termos da Constituição, qualquer compensação deve observar esse critério, sob pena de ser uma restrição inconstitucional. Segundo o autor, “A legislação ordinária poderia, ainda, determinar que, na compensação entre horas trabalhadas e horas de folga, fosse obedecida a regra que prevê maior valor (acréscimo de, no mínimo 50%), ao trabalho prestado além do limite de oito horas diárias (art. 7º, inciso XVI, da CF/88). Dessa forma, em um regime de banco de horas anual, cada hora trabalhada com extrapolação da jornada máxima legalmente estabelecida deveria ser compensada por, no mínimo, 1h30 de folga (ou outra proporção mais benéfica prevista em instrumento normativo), conforme sugere *Jorge Luiz Souto Maior*, que ainda complementa propondo que o banco de horas obedeça a uma ordem: primeiro a concessão do descanso e após sua compensação com horas em sobrejornada”. ALCÂNTARA, 2003, p. 91 passim.

A princípio somente a primeira questão interessa, contudo, alguns entendimentos sobre a fundamentação do instrumento que deve ser usado passa pela discussão do limite temporal.

Atualmente, caso não se questione a constitucionalidade³⁹⁴ da lei, vige a sistemática *anual* da compensação de horários, ou seja, permite-se a pactuação de horas suplementares dentro do ano, além de outras disposições, como se infere na redação do artigo 59, §2º, da CLT:

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§1º Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será pelo menos 50% superior à hora normal.

§2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§4º Os empregados sob regime parcial não poderão prestar horas extras.

Assim, a princípio, somente serão pagas as horas extras, em caso de regime de compensação, que não forem compensadas, caso descumpra-se o acordo de compensação e em caso de rescisão (§3º, do artigo 59 da CLT).

No que se refere ao instrumento autorizador do regime compensatório, há três posições:

- a) aqueles que admitem que o acordo pode ser tácito;
- b) aqueles que exigem o acordo coletivo e a convenção coletiva para validar a compensação;
- c) aqueles que admitem o acordo escrito direto com o empregado.

³⁹⁴ A questão não será tratada, porque não há referência sobre ela na Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

O acordo tácito é minoritariamente aceito. Parece, todavia, flagrante a sua inconstitucionalidade, pois há expressa referência à necessidade de um acordo no artigo constitucional. Por ser minoritariamente aceito, cuidar-se-á com mais cuidado do debate tratando da necessidade do acordo ser direto com o empregado ou da necessidade de ser negociado coletivamente. A controvérsia surge por conta do artigo constitucional fazer referência a “acordo ou convenção coletiva”.

Nesse contexto, a opção do Tribunal Superior do Trabalho, que admite a restrição ao pagamento das horas extras pela via do acordo individual, é inconstitucional.

Nos instrumentos negociais coletivos estariam os únicos títulos jurídicos válidos para instauração desse regime, em face do que prevê a Constituição Federal de 1988. Esta é a posição, inclusive, de Sérgio Pinto Martins, que recorre a uma interpretação gramatical. Ele escreve:

Entendo que o adjetivo coletiva, que qualifica o substantivo convenção, diz respeito tanto à convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo serem coletivos. A palavra coletiva deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual³⁹⁵.

A Constituição Federal está referindo-se a “acordo coletivo” e “convenção coletiva”. Esse posicionamento, ainda, está baseado no revisor gramatical da Constituição:

O filólogo Celso Cunha, que fez a revisão gramatical da Constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina. São seus os exemplos: ‘Comprei uma gravata e um chapéu escuro’, ‘Estudo o idioma e a literatura portuguesa’. Na verdade, o que o constituinte pretendeu foi apresentar sinônimos para as mesmas expressões. Por isso usou a expressão acordo ou convenção coletiva no inciso XIII do artigo 7º, negociação coletiva no inciso XIV, convenção e acordo coletivo no inciso VI e convenção e acordo coletivo no inciso XXVI, tudo do mesmo artigo. O objetivo do constituinte foi o de não ser repetitivo, não empregando expressões repetidas, adotando variações ou sinônimos. Fazendo a interpretação das palavras empregadas na CLT, verificamos que o legislador ordinário usa a expressão acordo escrito para designar o acordo individual feito pelo empregado para prorrogação da jornada de trabalho, como se observa do artigo 59 da CLT. A antiga Súmula 108 do TST fazia também essa distinção para a compensação de horários de trabalho, usando a expressão acordo escrito para o acordo individual e acordo coletivo ou convenção coletiva para a norma coletiva, sendo estas últimas

³⁹⁵ MARTINS, 2007, p. 53.

as formas de compensação do horário de trabalho da mulher. Com base nessa orientação, já seria possível dizer que o constituinte, ao fazer referência a acordo, quis se referir a acordo coletivo e não a acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI, da Constituição)³⁹⁶.

No mesmo sentido, Dallegrave Neto, para quem o acordo de compensação é um negócio jurídico bilateral, acessório do contato de trabalho, em que as partes declaram a vontade de regulamentarem determinadas relações jurídicas cujos efeitos o ordenamento jurídico legítima. Assim, afirma que não há como admitir manifestação volitiva tácita. Entende, ainda, que é necessária a assistência sindical, fundamentando seu entendimento em questões gramaticais e princípios visados pela Constituição. Para ele, além da questão gramatical, amparam esse entendimento, os princípios e valores constitucionais, os quais valorizam e reconhecem as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho (art. 7º, XXVI). Arrematando a questão, escreve:

Na prática, o Acordo Compensatório pode até ser celebrado diretamente entre empregado e empregador; contudo, faz-se necessário estar referendado no instrumento normativo. Se, por exemplo, o ACT ou a CCT da categoria prevê a compensação de jornada em sua cláusula 7ª, podem, então, as partes, com fulcro nessa cláusula, celebrarem acordo escrito de compensação, devidamente assinado pelo obreiro e pelo preposto do empregador³⁹⁷.

Para Amauri Mascaro Nascimento, independentemente do lapso temporal, a compensação sempre deverá ser formalizada por meio de negociação coletiva com o sindicato. Segundo ele, “A compensação ampla, quinzenal, mensal ou, até mesmo, não de horas, mas de dias não é inconstitucional, desde que formalizada por meio da negociação coletiva com o sindicato, que, certamente, estabelecerá os limites em cada caso julgados oportunos”³⁹⁸.

Observe-se que as reservas legais expressas podem ser simples ou qualificadas. No caso, não se trata de uma reserva legal, mas de uma autorização para a restrição ao pagamento das horas extras, por meio da compensação, desde que haja um acordo coletivo e uma convenção coletiva. Isso quer dizer que a

³⁹⁶ MARTINS, 2007.

³⁹⁷ DALLEGRAVE NETO, 1997, p. 22..

³⁹⁸ Ressalte-se, apenas, que esse texto do autor foi escrito quando não havia, ainda, a previsão do regime de compensação anual. NASCIMENTO, 2001, p. 705. No mesmo sentido, rechaçando a opção pelo acordo individual, SÜSSEKIND, 2004, p. 457-458. SUSSEKIND et al., 2002, p. 797. ROTHFUCHS NETO, 2002, p. 187-188. FRANÇA, 1997, p. 7. ALCÂNTARA, 2003, p. 107.

Constituição previu uma “restrição qualificada”, ou seja, não pode ser qualquer acordo, mas o acordo coletivo e a convenção coletiva.

Considerando isso, a medida não respeita o princípio da reserva legal, porque não há previsão para o acordo escrito direto com o empregado.

De toda sorte, há quem admita a existência do acordo individual, pelo que se analisa outro dos limites dos limites. A admissão de uma interpretação de que a Constituição refere-se ao acordo individual não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade.

Para alguns, portanto, bastaria um acordo bilateral escrito. Ter-se-ia, aqui, como observa Maurício Godinho Delgado, dois argumentos³⁹⁹:

- a) a redação da Constituição;
- b) o benefício do empregado⁴⁰⁰.

Sobre o primeiro argumento, escreve:

³⁹⁹ DELGADO, 2006, p. 855-859.

⁴⁰⁰ Há outros argumentos, como o de que a intromissão de dirigentes sindicais apenas retiraria a maleabilidade da lei. É o que escreve Almir Pazzianotto Pinto (1999): “Não julgo indispensável que haja acordo coletivo para instituição de ‘banco de horas’. Basta o ajuste individual, feito previamente e por escrito. Tornar obrigatória a intervenção do sindicato – que na maioria das vezes se resume à intromissão de alguns dirigentes – põe a perder o objetivo da lei, que é dar maleabilidade às relações individuais de trabalho em matéria relativa a horário diário, possibilitando a empregados e empregadores, dentro dos limites constitucionais, ajustar a duração da jornada. Atraindo a aplicação do Título VI da CLT e exigindo convocação de assembléia geral, elaboração de documento com as exigências do art. 613, depósito, registro e arquivo no órgão competente do Ministério do Trabalho, o acordo coletivo afastará a maioria das empresas, que, se pudessem tratar diretamente com os empregados, se utilizariam rotineiramente do sistema de compensação previsto pela Medida Provisória”. Para Cláudia José Abud, o instrumento autorizador das compensações é o acordo escrito individual. Segundo ela, embora o método gramatical deixe dúvidas, o método lógico-sistemático e a interpretação teleológica não deixariam, sendo que, quanto a este último, a compensação seria claramente mais favorável ao empregado e porque a celebração de convenção e acordo coletivo em pequenas empresas é difícil viabilidade. A autora escreve: “Aponta-se, também, que antes da vigência da atual Norma Ápice, as regras de direito do trabalho eram muito mais rígidas. Ao tratar do instituto da compensação, o legislador ordinário somente previa a compensação semanal, como, por exemplo, a compensação dos sábados e das pontes, em feriados. Essas modalidades de compensação são claramente mais favoráveis ao empregado, pois ampliam seus dias de disponibilidade familiar e social. Por isso, não seria razoável concluir que a Constituição, pretendendo criar ordem jurídica mais favorável ao empregado – como se vê do art. 7º, *caput* –, restringisse o acordo usualmente benéfico a eles. Esses modelos de compensação sempre foram utilizados nas empresas e aceitos pela jurisprudência por meio de acordo escrito individual, pois trazem evidentes benefícios ao empregado. Nesses casos, que são utilizados até hoje, não há uma prorrogação exagerada de horas, o empregado não fica exposto a longo tempo de prestação de serviços, por isso não há necessidade de tutela sindical. Sabe-se, também, que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são instrumentos mais raros de celebração no âmbito de empresas de pequeno porte, assim como são proibidos em entidades de direito público. Por esses motivos, é razoável interpretar que a Constituição Federal optou por tornar viável o regime de compensação através de acordo individual”. ABUD, 2008, p. 109-110.

(...) conjugava a aplicação dos métodos gramatical, lógico-sistemático e teleológico na leitura do mencionado dispositivo magno. Sustentava que o referido inciso XIII fala em ‘facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho’ (grifos acrescidos). Propositadamente a nova Carta teria colocado o verbete acordo afastado da qualificação (e restrição) coletivo (aliás, coletiva concorda com o feminino convenção), o que permitiria induzir-se que pretendeu conferir à palavra a dubiedade de acepções que propicia (acordo bilateral ou acordo coletivo) – tal como já ocorria com o velho §2º do art. 59 da CLT (que mencionava ‘acordo ou contrato coletivo’)⁴⁰¹.

Argumentava-se, ainda, que a Constituição, no artigo 7º, incisos VI e XIV fala em “convenção ou acordo coletivo” e “salvo negociação coletiva”, respectivamente. Por outro lado, a compensação de jornada seria benéfica ao empregado pois ampliaria seus dias de disponibilidade pessoal.

Considerando esses dois argumentos, pode-se afirmar que o acordo individual para compensação seria um meio adequado. Ele atingiria sua finalidade, que é possibilitar que a empresa reformule horários, visando com isso ganhos de produtividade e evitando prejuízos, com maior número de horas por dia, quando há maior produção e compensando quando a produção está baixa. Além disso, a medida também traria o benefício do empregado.

Entretanto, nem sempre haverá benefício para o empregado⁴⁰². Alguns empregados poderão não ter interesse na prestação de horas extras ou na compensação e mesmo assim se sentirão “coagidos” a aceitar um acordo nesses moldes. Resta saber, então, se a medida é necessária.

⁴⁰¹ DELGADO, 2006, p. 656.

⁴⁰² Como aponta José Eduardo Alcântara (2003, p. 90 passim), os benefícios do empregado são bastante questionáveis. Segundo ele, “A experiência demonstra que as variações de horários autorizadas por um sistema de jornada em que se admite a flexibilidade (como a compensação anual, por exemplo) são quase sempre determinadas e em conformidade com os interesses do empregador, sendo pouco aproveitada como fator de maior liberdade ao empregado para cumprimento de sua jornada de trabalho. As constantes variações de horário, ademais, podem gerar desorganização da vida social do empregado, uma vez que restringem a participação regular em outras atividades alheias a seu trabalho, inclusive aquelas voltadas para a própria qualificação profissional. Mesmos os defensores da jornada flexível admitem que ‘a inconstância da duração da jornada ou períodos prolongados de redução ou aumento desorganizam a vida dos empregados’, de tal sorte que essa maior ‘liberdade’ de horários tem-se revelado, na prática, muito mais benéfica ao empregador que aos trabalhadores. A menor duração do trabalho em algumas semanas são compensadas com trabalho excedente da carga normal em outras, de modo que não há como se verificar nessa circunstância alguma vantagem efetiva para os empregados”. Por outro lado, os ganhos para os empregadores não seriam questionáveis. Como observa o mesmo autor, “(...) no sistema legal brasileiro, a compensação de jornada é extremamente vantajosa ao empregador, porquanto este pode se ver livre não apenas do pagamento das horas extras em si, mas também de todas as repercussões salariais decorrentes desse pagamento”.

A medida alternativa, aqui, seria o acordo coletivo e a convenção coletiva. Essa medida, como a outra, salvaguarda ambos os interesses, de empregadores e empregados e não traz um custo maior. Os fins atingidos serão os mesmos. Por outro lado, ela não deixa o empregado à margem do empregador, ou seja, procura evitar que o empregado que não tenha interesse no acordo de compensação oponha-se a ele⁴⁰³. Considerando isso, por significar uma medida menos gravosa que a anterior, o acordo individual é desnecessário e, portanto, inconstitucional.

Acresça-se que o acordo individual pode dar guarida para condutas de empregadores mal intencionados, que, em contratos de pequena duração, negociariam diretamente com o empregado a compensação e poderiam jogar para o final o pagamento das horas extras, adiando a remuneração por alguns meses⁴⁰⁴.

Finalmente, supondo-se que a medida fosse adequada e necessária, resta saber se o acordo individual passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Para Maurício Godinho Delgado, independentemente de outras discussões possíveis, o regime compensatório, necessariamente, ao ser anual, deixou de ser

⁴⁰³ Segundo Airton Pereira Pinto (2006, p. 165-166), “Para as empresas ainda compensa fazer uso das horas extraordinárias, porque há uma equivocada tendência de flexibilização do exercício e efetivação dos direitos que regem as relações do trabalho humano, que têm o sujeito como meio e não como fim do direito. Institutos jurídicos como banco de horas, contratos a tempo precário com redução de direitos, sistema de compensação de horas, acordos para prorrogação de jornada, como políticas superficiais, imediatistas e individualistas, que não atacam os problemas sociais e econômicos, impondo aos direitos sociais dos trabalhadores a tarefa de assumir as conseqüências de problemas conjunturais são uma violência, porque em nada estavam as causas desses problemas e cada vez mais corroem as proteções sociais da população brasileira. É nessa situação que as convenções e acordos coletivos de trabalho ficam cada vez mais legitimadas, quando são utilizadas como instrumentos jurídicos autônomos capazes de resolver problemas de natureza relacional e até social entre empregadores e trabalhadores. Pela utilização desses importantes instrumentos autônomos de criação legislativa, a redução de jornada semanal já tem acontecido em diversos Estados do País e com diversas categorias, embora não ocorrendo redução salarial, permitindo vislumbrar um sintomático avanço nas relações entre empregados e empregadores”. No mesmo sentido, escreve José Eduardo Alcântara (2003, p. 107), para que “Parece-nos oportuno, como finalização da análise do tema, apresentar algumas sugestões tendente à imposição de limites razoáveis à flexibilização da jornada de trabalho. a primeira delas seria vincular a flexibilização à negociação coletiva, a fim de que a entidade sindical representativa da categoria profissional pudesse, em melhores condições, avaliar e decidir sobre a conveniência da adoção de um sistema de jornada flexível ou da implantação de um regime de compensação anual de jornada. De qualquer forma, a tutela sindical é o mínimo razoável para que se possa aceitar exceções à disciplina geral da jornada de trabalho (...)”.

⁴⁰⁴ Cf. alerta feito por Augusto César Leite de Carvalho (2007, p. 298), que escreve: se o ajuste for individual “(...) estaremos a aquiescer com a conduta de empregador inescrupuloso que, mantendo alta rotatividade entre os seus empregados, todos com contrato de curta duração, poderia obter, no processo admissional e protegido pela ameaça de desemprego que ronda a vida social, a concordância expressa do empregado no sentido de que toda a sua sobrejornada seria compensada em até um ano. Ao final do breve contrato, pagaria as horas extras excedentes como horas extraordinárias e teria, assim, adiado a remuneração de tais horas por vários meses...”.

figura favorável ao empregado. Como já observado, o mecanismo compensatório anual permite, a princípio, a pactuação de horas suplementares que extenuem o trabalhador, por semanas e meses, o que cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança, ao contrário do que prevê o artigo 7º, XXII, da CF/88. Perdeu-se, então, o caráter de vantagem trabalhista e qualquer argumento nesse sentido deve ser de pronto rejeitado, pois “A agressão que propícia à saúde, higiene e segurança laborais já obscurece o sentido favorável ao trabalhador de que era ele classicamente dotado”⁴⁰⁵.

Para esse autor, então, embora na aparência pareça preservar a validade do simples acordo bilateral escrito (pois, a lei repete o escrito na CF/88), deve ser a convenção ou o acordo coletivo de trabalho, pois, hoje, não se trataria de um mecanismo favorável ao empregado⁴⁰⁶. Escreve:

(...) no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, distinto daquele até então vigente e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da negociação coletiva. Se não se acatar a tese da inconstitucionalidade dessa nova figura (tese de substância, em face do texto do art. 7º, XXII, da Carta de 1988), não se poderá, pelo menos, permitir que ela se implemente sem os instrumentos formais da negociação coletiva, uma vez que se sabe não ser viável à transação meramente bilateral que estipula redução de direitos no ramo justralhista pátrio.⁴⁰⁷

E,

Isso significa que o regime de compensação anual previsto pelo novo art. 59 da CLT (o chamado banco de horas) somente pode ser pactuado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista, em virtude de a Constituição da República não permitir que a transação meramente bilateral pactue medida desfavorável à saúde e segurança obreira⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ DELGADO, 2006, p. 864.

⁴⁰⁶ Embora com fundamentação diversa, Francisco Antonio de Oliveira (2007, p. 181) tem a mesma conclusão: “Todavia, a Constituição, embora faculte a compensação de jornada por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva, não proíbe o acordo individual. E onde a Constituição não proíbe, a lei ordinária pode proibir. Entretanto, a MP 2.164-41, de 24.8.2001, de nova redação ao §2º do art. 59 da CLT, tornando-se conforme à norma Constitucional. Vale dizer, fechou a porta ao acordo individual” e “(...) Todavia, ao se ler o inciso XXVI, tem-se claramente que o termo ‘acordo’, constante do inciso XIII, é o coletivo e não o individual. Verifica-se, também, que o tema já estava de alguma maneira pacificado, exigindo que o acordo fosse sempre coletivo”.

⁴⁰⁷ DELGADO, op. cit., p. 866-867.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 867.

Considerando o exposto, pesando a saúde do trabalhador (artigos 6º, 7, inciso XXII e XXVIII) e o incentivo para a negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIV, XXVI dentre outros), bem como os contornos e escolhas constitucionais e o “grande medo” no que tange à extensão da jornada (art. 7º, incisos XIII e XIV) em conjunto com a sua dignidade, em conflito com os interesses de produtividade e aumento de produção, o peso maior parece ser o empregado. Isso indica a necessidade do acordo coletivo ou convenção coletiva para qualquer compensação de horas.

Nesse contexto, o acordo individual não pode ser aceito, porque é desproporcional, devendo ser considerado inconstitucional⁴⁰⁹.

Observe-se que, eventualmente, o caso concreto pode indicar mais razões para que o acordo individual, ou até tácito, seja aceito, como, por exemplo, períodos pequenos, para alguns feriados ponte, sábados, pequenas empresa, um único dia etc. Não há problema nisso. O problema está na decisão geral e abstrata tomada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que desconsidera toda a dogmática indicada, bem como o fato de que sua decisão pode inviabilizar uma discussão em nível superior, seja por ele mesmo ou pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰⁹ Haveria, inclusive, a intenção de se adotar o acordo individual para as hipóteses de compensação semanal e ajuste coletivo para a compensação anual ou banco de horas. Entretanto, não é isso que se tem notado e não é isso o que consta da Súmula. Por outro lado, a compensação, nos termos da Constituição, sempre deverá ser entabulada mediante acordo escrito e com mediação do sindicato da categoria. Essa intenção é apontada por Augusto César Leite de Carvalho (2007, p. 302), que escreve: “Existe, contudo, a clara intenção de adotar o ajuste individual somente para o acordo semanal de compensação de jornada, não o permitindo para o banco de horas que se preste à compensação de horas de trabalho com base em períodos mais extensos. Comentando a nova redação da Súmula nº 85 do TST na página virtual daquela Corte, em 28/10/2003, o Ministro Vantuil Abdala explicou: ‘Isso é diferente do banco de horas, que é um acordo para se compensar horas trabalhadas a mais de maneira global. No chamado banco de horas, nós entendemos que é necessária a participação do sindicato, até para fiscalizar se essa compensação global está efetivamente sendo observada’”.

5 CONCLUSÃO

As normas de direitos fundamentais podem ser concebidas como regras, como princípios ou como regras e princípios e o seu âmbito de proteção pode ser restrito ou amplo. A conjugação do entendimento de tais concepções leva à adoção dos entendimentos da teoria interna ou teoria externa sobre as restrições dos direitos fundamentais.

A concepção das normas de direitos fundamentais como regras e com um âmbito de proteção restrito implica a adoção da teoria interna, ou seja, os direitos fundamentais são irrestringíveis e não entram em colisão. No máximo, o que se tem são delimitações dos direitos fundamentais ou revelação dos limites imanentes, o que sempre é feito “a priori”. Como não há restrições aos direitos fundamentais e nem colisões envolvendo tais direitos, diminui-se a eficácia ou se inviabiliza o controle de constitucionalidade na interferência dos direitos fundamentais.

Pelo contrário, a concepção de que as normas de direitos fundamentais têm a estrutura de regras e princípios e de que seu âmbito de proteção é amplo leva às conclusões da teoria externa, ou seja, os direitos fundamentais podem ser restringidos e estão em constante colisão, entre si ou com outros bens constitucionais.

Aparentemente, as conclusões da teoria externa enfraquecem os direitos fundamentais, mas isso não é assim. Porque são fundamentais, a restrição de tais direitos e solução das colisões envolvendo-os dependem do preenchimento de requisitos formais e materiais de constitucionalidade, os “limites dos limites”. Caso não se reconheça a existência de tais situações, elas serão resolvidas de outras formas, ou pior, elas serão apenas mascaradas.

Os “limites dos limites”, mais comuns, são o princípio da reserva legal, o princípio da proporcionalidade, formado pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e pela preservação do núcleo essencial. Isso quer dizer que, se existem restrições e colisões envolvendo direitos fundamentais, ambas devem passar pelos testes desses “limites dos limites”. Nesse contexto, deve-se reconhecer a existência de restrições e colisões envolvendo direitos fundamentais, inclusive com um conceito amplo de restrições, visando, com isso, a um maior controle das interferências em tais direitos. Com isso se quer dizer

que, chegando-se a *primeira grande conclusão*, a metodologia da teoria externa é mais eficaz, objetiva e racional no controle de constitucionalidade das interferências nos direitos fundamentais. Ora, se as restrições e colisões envolvendo os direitos fundamentais existem, elas devem ser controladas, sob pena de inconstitucionalidade, pelo contrário, se elas não existem, não há necessidade de controle. Por outro lado, as delimitações e a revelação de limites imanentes, que evitariam a existência de restrições e colisões envolvendo os direitos fundamentais, embora estejam sujeitas a algum tipo de controle de constitucionalidade, como a justificação, não se sabe exatamente qual é esse controle.

Considerando a opção pelas conclusões da teoria externa, no campo das restrições aos direitos fundamentais e considerando a existência e necessidade de observação dos “limites dos limites”, o Tribunal Superior do Trabalho não está devidamente atento a esta matéria. Nos quatro exemplos abordados, as opções tomadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, embora impliquem restrições a direitos fundamentais dos trabalhadores, não observam os requisitos de constitucionalidades, os “limites dos limites”.

No caso da estabilidade da empregada gestante (artigo 10º, inciso II, do ADCT), a impossibilidade de reintegração e a necessidade de comunicação do empregador, bem como a confirmação da gravidez mediante um teste respectivo significam restrições que ofendem e ofendem o princípio da reserva legal, o princípio da proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial desse direito fundamental.

No caso da estabilidade do dirigente sindical, conforme previsão da Súmula 269/I/TST, quando se reconhece a constitucionalidade do artigo 522 da CLT, que restringe os direitos fundamentais previstos no artigo 8º, incisos I e VIII, da Constituição Federal de 1988, a Súmula também é inconstitucional. Trata-se da admissão de uma restrição, de forma geral e abstrata, de uma restrição a direito fundamental que não observa o princípio da proporcionalidade.

No caso da autorização para o monitoramento do e-mail do empregado, pelo empregador, no local e durante o horário de trabalho, não houve observância do princípio da proporcionalidade. Considerando que o e-mail do empregado está protegido pelos direitos fundamentais de privacidade (art. 5º, inc. X, da CF/88) e pelo sigilo das comunicações (art. 5º, inc. XII, da CF/88) e que há uma dogmática específica para eventual restrição e limitação de tais direitos, o monitoramento e

rastreio do mesmo, pelo empregador, não pode ser autorizado ou admitido de forma indiscriminada. O posicionamento que entende por essa possibilidade é inconstitucional, porque se trata de uma restrição ilegítima ao direito fundamental de privacidade e sigilo de comunicação. A restrição é ilegítima porque ofende um dos limites dos limites (sem prejuízo da análise dos demais limites), que é o dever de proporcionalidade, em seus três subprincípios.

Finalmente, o Tribunal Superior do Trabalho, quando determina o pagamento apenas do adicional de horas extras, em algumas hipóteses e quando insinua que a compensação é de 1 hora extra trabalhada, por 1 hora de descanso, viola o conteúdo essencial do artigo 7º, inciso XVI, sem prejuízo da análise dos demais limites dos limites, pelo que essa restrição é inconstitucional. Da mesma forma, a admissão do acordo tácito e escrito direto com o empregado viola o princípio da reserva legal. De toda sorte, uma interpretação nesse sentido implicaria ofensa ao princípio da proporcionalidade. Esses acordos nem sempre serão benéficos ao trabalhador, não são necessários porque a via coletiva é viável e mais segura ou nem sempre os interesses da empresa, maior beneficiária, em regra, das compensações, devem prevalecer, especialmente porque a compensação, em grande escala, pode afetar outros direitos fundamentais, em especial, a saúde dos trabalhadores.

Em resumo, a *segunda grande conclusão* é que, nos quatro casos abordados, as interferências do Tribunal Superior do Trabalho significaram restrições inconstitucionais de direitos fundamentais dos trabalhadores, porque não observa a dogmática específica, em especial, os “limites dos limites”.

REFERÊNCIAS

ABUD, Cláudia José. **Jornada de trabalho e a compensação de horários**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilização da jornada de trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**: promulgada em 23 de maio de 1949. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/Startseite.html>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul.-set. 1999.

_____. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Fundación Beneficiencia et peritia iuris, 2004.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de de 1981. **Revista Española de Derecho Constitucional**. v. I, n. 03, set.-dez. 1981.

ALMEIDA, Maria Cristina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, ano 30, n. 30, p. 369-397, 1998.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses públicos ‘versus’ interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 13, n. 38, maio-ago. 1993. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção do trabalho da mulher e do menor. In: VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (Coord.). **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 336, p. 125-136, 1996.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção do direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 275-291, 1994.

BORBA, Inajá Oliveira de; BORBA, Sylvio Roberto Corrêa de. A estabilidade provisória da gestante na constituição de 1988. **Síntese Trabalhista**, n. 70, p. 18, abr. 1995. Disponível em CD-ROM Júris Síntese.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista de Derecho Constitucional**. Ano 20, n. 59, maio-ago. 2000. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **n.º 448.572-SP. Agravo de Instrumento**. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 27/02/2004. Publicado em 22/03/2004, no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **n.º 193.345-3. Recurso Extraordinário**. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 13/04/1999. Publicado em 28/05/1999, no Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). **n.º único: 00613-2000-013-10-00. Agravo de Instrumento**. Brasília. Distrito Federal. Julgado em 11/05/2000.

Publicado em 10/06/2005, no Diário da Justiça. Disponível em:
<<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Revista dos tribunais**: cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 04, n. 16, p. 173-177, jul.-set. 1996.

CABRAL, Victor Hugo. **A reintegração da empregada gestante face ao novo entendimento sumulado pelo colendo tribunal superior do trabalho**. Júris Síntese n.º 53, mai/jun de 2005. Disponível em: CD ROM Júris Síntese.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Augusto César Leito de. **Direito Individual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da faculdades do Brasil**. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 29-42, mar.-ago. 2002.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Acordo de compensação de jornada de trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**. n. 102, p. 17-31, dez. 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

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

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPAÑA. Constituição (1978). **Constitución Española**: promulgada em 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FEIJÓ, Carmem. Insalubridade: base de cálculo permanece salário mínimo até regulamentação. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

_____. TST fixa novo critério para adicional de insalubridade. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. 27 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

FEIJÓ, Carmem; TEIXEIRA, Ribamar. Insalubridade: SDI-2 suspende julgamento até decisão do STF sobre Súmula 228. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

FERRAZ, Sérgio. **Duração do trabalho e repouso remunerado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FRANÇA, Milton de Moura. Compensação de horas de trabalho – imprescindibilidade de acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII, da CF) – breves considerações. **Síntese trabalhista**. n. 94, p. 07, abr. 1997. Disponível em CD-ROM Juris Síntese.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

HABERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional na república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITÃO, Ricardo Azevedo. **Restrições aos direitos fundamentais como mecanismo de controle da ordem pública**. São Paulo: Fiúza Editores, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 41, n. 164, p. 07-16, out.-dez. 2004.

LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. n. 14, jan.-abr. 1993. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. 2 v.

MARTINS, Henrique de Faria. **E-mail de funcionários pode ser violado?**
Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/artigos/artviolacaodeemails.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista dos Tribunais**: cadernos de direito tributário e finanças públicas. Ano 02, n. 05, p. 16-20, out.-dez. 1993.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais**: conflitos e soluções. São Paulo: Labor Juris, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 7, 2003. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/>>. Acesso em: 04 set. 08.

_____. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, ano 9, n. 27, p. 111-126, set.-dez. 1989.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEGRISOLI, Fabiano. **Monitoramento e rastreio do e-mail do empregado pelo empregador**: restrição ilegítima aos direitos fundamentais de privacidade e sigilo de correspondência. Artigo inédito.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NICOLODI, Ana Marina. Conflitos entre direitos fundamentais. Liberdade de imprensa versus direito à vida privada, direito à imagem e direito à honra. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da UNIBRASIL**. Curitiba, v. 8, n. 8, p. 19-28, jan.-jul. 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários as súmulas do TST**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de; COELHO, Luciano de Toledo. E-mail do empregado – limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, Jose Affonso; GUNTHER, Luis Eduardo. **O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

OTTO Y PARDO, Ignácio de. **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. Madrid: Cuardenos Civitas, 1988.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

PINTO, Almir Pazzianotto. Flexibilização da jornada. **Síntese trabalhista**. n. 121, p. 05, jul. 1999. Disponível em CD ROM Júris Síntese.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 02 de abril de 1976. Coimbra: Coimbra, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

RODRIGUEZ ARMAS, Magdalena Lorenzo. **Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Comares: Granada, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2007.

ROSAS, Roberto. Proporcionalidade no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista dos tribunais**: cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 07, n. 29, p. 55-65, out.-dez. 1999.

ROTHFUCHS NETO, Emílio. Duração do trabalho. Jornada de trabalho. Prorrogação. Trabalho noturno. Repouso semanal e em feriados. In: VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (Coord.). **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Adriana Timoteo dos. O princípios da proporcionalidade e a flexibilização das normas trabalhista. In: HASSON, Roland. **Direitos dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos**

fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos ´versus´ interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na constituição de 1988. **Cadernos da escola de direito e relações internacionais da UNIBRASIL**. Curitiba, v. 7, n. 7, p. 63-73, jan.-dez. 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias: (dialética erística). Rio da Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, José Afonso da. O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa (parecer). **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 220, p. 339-354, 2000.

SILVA, Maurício Pereira da. A aplicação do princípio da proporcionalidade para solução dos conflitos entre direitos sociais, na perspectiva da flexibilização dos direitos trabalhistas e princípios do direito do trabalho. In: HASSON, Roland. **Direitos dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE**. Revista de Direito do Estado. n. 4, p. 23-51, out.-dez. 2006.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 92, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA NETO, Antonio; PAIVA, Mario Antonio Lobato. A privacidade do trabalhador no meio informático. **Revista do Direito Trabalhista**. Brasília, ano 09, n. 04, p. 08-13, abr. 2003.

SOARES FILHO, José Soares. Estabilidade. In: VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (Coord.). **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. A estabilidade da empregada gestante. **Síntese Trabalhista**. n. 135, p. 35, set. 2000, p. 35. Disponível em CD-ROM Júris Síntese.

SOUZA, Mauro César Martins de. **E-mail (... net) na relação de emprego**: poder direito do empregador (segurança) & privacidade do empregado. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. 2 v.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila. **Direito à intimidade nas relações de trabalho**. Disponível em CD-ROM Júris Síntese IOB.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; RAFAEL, Márcia Cristina. **Remuneração e jornada de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008.