

POSTULADOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO TRABALHO

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA*

Resumo: O papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica Constitucional. Assim, não se pode mais estudar qualquer ramo do direito sem que se indague sobre o papel do Poder Judiciário sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se, necessariamente, que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à Luz do texto Constitucional. Daí a importância do estudo da hermenêutica jurídica Constitucional em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho.

Este artigo visa estudar os princípios da hermenêutica jurídica Constitucional, denominados por alguns de postulados, no âmbito do Direito do Trabalho, a saber: supremacia da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade das normas constitucionais, concordância prática ou harmonização, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, razoabilidade, proporcionalidade – nas suas vertentes proibição do excesso ou proibição da proteção deficiente, não retrocesso social, interpretação conforme a Constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e ponderação de bens.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica Constitucional; Postulados da interpretação Constitucional; Concretização das normas constitucionais; Força normativa das regras e princípios.

*Juíza do Trabalho titular da 2ª Vara do Trabalho de Jaú. Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP.

1 INTRODUÇÃO

A concretização da Constituição exige o estudo da hermenêutica jurídica Constitucional, ciência que trata das regras de interpretação das normas constitucionais (princípios e regras), aplicáveis aos diversos ramos do direito.

A distinção entre princípios e regras constitui a base da compreensão dogmática do Direito Constitucional contemporâneo. A teoria da metodologia jurídica tradicional fazia distinção entre normas e princípios,¹ ou seja, os princípios não eram considerados normas jurídicas, mas meras diretrizes na aplicação do direito. Com RONÁLD DWORKIN e ROBERT ALEXY, dentre outros autores, tomou-se a concepção de que a norma é o gênero do qual os princípios e as regras são uma espécie, ou seja, as regras e princípios são duas espécies de normas.

A importância da **natureza normativa dos princípios** repercute em todo o ordenamento jurídico. Assim, as regras e princípios já não podem ser interpretadas isoladamente, nem confundem-se com seus enunciados, sendo que a compreensão das normas jurídicas deve ser feita através da apreensão do sentido das mesmas em conformidade com a Constituição, ou seja, segundo os valores emanados do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição compatível com os objetivos do Estado democrático de Direito é aquela que procura dar efetividade aos **princípios e regras** (valores) consagrados na Constituição, concebendo ambos como **normas jurídicas**.

O papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica Constitucional. Assim, não se pode mais estudar qualquer ramo do direito sem que se indague sobre o papel do Poder Judiciário sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se, necessariamente, que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à luz do texto Constitucional. Daí a importância do estudo da hermenêutica jurídica Constitucional em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho.

Este artigo visa abordar os princípios da hermenêutica jurídica Constitucional, denominados por alguns de postulados, no âmbito do Direito do Trabalho.

2 POSTULADOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

É preciso distinguir os princípios que têm natureza de norma jurídica, dos *princípios hermenêuticos constitucionais* – que são pressupostos para uma interpretação válida, desempenhando uma função argumentativa.² Estes, denominados de *postulados*, não são propriamente originários da Constituição, mas sim da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo. São axiomas que se caracterizam pelo aspecto cogente com que se apresentam ao intérprete.³ Os princípios que expressam regras de interpretação Constitucional são denominados por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO de

*“A jurisdição compatível com os objetivos do Estado democrático de Direito é aquela que procura dar efetividade aos **princípios e regras** (valores) consagrados na Constituição, concebendo ambos como **normas jurídicas**.”*

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

²CANOTILHO, 2003, p. 1161: “Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (Cfr. *Infra*, Cap. 3, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, Analogia jûris*)”.

³BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 171.

princípios tópicos da interpretação Constitucional, conforme exposto a seguir.

Muito ilustrativa e oportuna a explanação de HUMBERTO ÁVILA para distinguirmos os princípios constitucionais dos postulados (ou princípios hermenêuticos):

[...] as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas, não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo é oportuno tratá-las como metanormas. E como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo *postulado*, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras. Os postulados se diferenciam das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (os postulados situam-se no metanível ou no segundo nível e as normas objeto de aplicação situam-se no nível objeto ou no primeiro nível), quanto ao objeto (os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção de fins, se forem princípios) e quanto ao destinatário (os postulados se dirigem aos aplicadores e as normas a quem deve obedecê-las).⁴

Oportuno repetir as lições de CANOTILHO, ao ressaltar que na distinção das regras jurídicas com os princípios jurídicos não estão abrangidos os “princípios hermenêuticos”,⁵ que desempenham uma função argumentativa.

CELSO BASTOS frisa que a interpretação, para se considerar válida, deve respeitar os postulados no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro.

Destaca, ainda, a distinção entre os postulados – por serem de aplicação cogente –, dos instrumentais hermenêuticos – assim compreendidos como expedientes, procedimentos e recursos de interpretação fornecidos pela teoria do Direito, cuja aplicação é optativa, sendo estes, muitas vezes, excludentes entre si.⁶

Dentre os postulados da hermenêutica jurídica Constitucional citados pela doutrina, destacamos:

2.1 Postulado da supremacia da Constituição:

Por força da supremacia Constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. A legislação infraconstitucional deve conformar-se à Lei Magna. Assim, a interpretação do ordenamento jurídico deve partir da Constituição e não da lei.

O STF, ao julgar Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 9.783/99 que instituiu contribuição aos servidores públicos federais inativos, tendo sido relator o Min. Celso de Mello, invocando o postulado da Supremacia da Constituição, assim se manifestou:

A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL POSSUI DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA. A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ nº 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional. A vigência temporária das alíquotas progressivas (Art. 2º da Lei nº 9.783/99), além de não implicar concessão adicional de outras vantagens, benefícios ou serviços – rompendo, em consequência, a necessária vinculação causal que deve existir entre

⁴ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 5 (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional – 2003). Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 524.

⁵CANOTILHO, 2003, p. 1161.

⁶BASTOS, 2002, p. 167-170.

contribuições e benefícios (RTJ nº 147/921) – constitui expressiva evidência de que se buscou, unicamente, com a arrecadação desse *plus*, o aumento da receita da União, em ordem a viabilizar o pagamento de encargos (despesas de pessoal) cuja satisfação deve resultar, ordinariamente, da arrecadação de impostos. RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impõe-se a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

CA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

2.2 Postulado da unidade da Constituição:

Segundo este postulado, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas, devendo o intérprete considerar a Constituição na sua globalidade e a “procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.⁷ Isto porque a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível. Assim, uma norma Constitucional não pode ser interpretada isoladamente.

Nenhum direito é absoluto. A própria Convenção de Direitos Cívicos e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, diz em seu Art. 18 que os direitos humanos devem ter as limitações que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde, a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros. Esses são os limites de cada um dos direitos fundamentais expressos no texto Constitucional. A Constituição brasileira relativizou praticamente todos os direitos: o direito de propriedade

⁷CANOTILHO, 2003, p. 1223.

– que está relativizado pela função social da propriedade –; o direito de ir e vir – que admite limites em casos de guerra –, e até o direito à vida – que podemos imaginar ser o mais forte de todos – também admite limites, é relativizado, pois permite o aborto em determinados casos e se admite também a pena de morte em casos de guerra declarada; a própria Constituição prevê isso. Os direitos fundamentais também têm essa função de servir como limitação externa aos poderes públicos.

Em todo ordenamento jurídico há pontos de tensão normativa a serem harmonizados pelo intérprete, podendo-se citar os seguintes casos na Constituição brasileira:

- a) a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em geral (Art. 5º, IV e X), sendo que tais liberdades encontram limites no direito à honra e à intimidade (Art. 5º, XI);
- b) a livre iniciativa (Arts. 1º, IV e 170, *caput*) e as restrições ao capital estrangeiro (Arts. 172 e 176, § 1º), a possibilidade de exploração da atividade econômica pelo Estado (Art. 173) e mesmo alguns casos de monopólio estatal (Art. 177);
- c) o direito de propriedade (Art. 5º, XXII) e o princípio da função social da propriedade (Arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, e 186).

As normas de uma Constituição, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem estar em conflito, cabendo ao intérprete buscar a harmonização e conciliação daquelas aparentemente contrastantes, cuidando para não

anular integralmente uma em favor da outra, lembrando-se da premissa que não existe hierarquia normativa entre as normas constitucionais, nem qualquer distinção entre as normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra.

2.3 Postulado da máxima efetividade das normas constitucionais:

Através deste axioma, também designado por postulado da eficiência ou da interpretação efetiva, a interpretação da norma Constitucional deve ser feita no sentido que lhe atribua “máxima efetividade, determinando, pelo controle da constitucionalidade (da ação e da omissão), o aproveitamento maximizado de todos os comandos constitucionais”,⁸ não sendo aceitável a nulificação da norma Constitucional (princípio ou regra) diante da colisão com outra, ainda que parcial.

O postulado da máxima efetividade atualmente é sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, havendo colisão entre um direito fundamental e um direito Constitucional não-fundamental, a interpretação deve ser feita no sentido de se dar a maior amplitude possível ao direito fundamental, cuidando para que não haja supressão do outro direito Constitucional em colisão.

Eis um relato sobre acórdão em que o Supremo Tribunal Federal analisa o conflito entre o Direito fundamental à vida do nascituro (Art. 5º, *caput* e 227, *caput* da Constituição Federal de 1988) e o reconhecimento dos acordos coletivos (Art. 7º, XXVI da Constituição Federal de 1988), decidindo que a estabilidade da gestante não depende de aviso à empresa, ainda que assim condicionado em acordo coletivo:

01.03.2004 – 18:54 – Estabilidade da gestante não depende de aviso à empresa, afirma STF.

“...havendo colisão entre um direito fundamental e um direito Constitucional não-fundamental, a interpretação deve ser feita no sentido de se dar a maior amplitude possível ao direito fundamental, cuidando para que não haja supressão do outro direito Constitucional em colisão.”

⁸ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

O ministro Celso de Mello deu provimento ao Agravo de Instrumento (AI nº 448572) interposto por Dinorah Molon Wenceslau Batista contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O ministro entendeu que a gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no Art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), sem a necessidade de comunicação prévia do estado de gravidez ao empregador. Para Celso de Mello, a empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória no emprego, sendo suficiente para obtenção dessa garantia social constitucional a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez. Não dependeria de sua prévia comunicação ao empregador, mesmo quando pactuada em negociação coletiva. **Observou que o constituinte, ao dispensar proteção à maternidade, estava consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, Art. VI), e estabeleceu a garantia de caráter social concedendo à trabalhadora gestante estabilidade provisória, nos termos do Art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT.** O debate sobre o tema começou quando o TST negou provimento ao Recurso de Revista interposto por Dinorah Batista, por entender que não houve o cumprimento de norma coletiva que exigia a comunicação da gravidez da empregada ao empregador. Dessa decisão o advogado de Dinorah interpôs Recurso Extraordinário (sic) (RE), ao qual foi negado seguimento pelo presidente do TST. Ante tal decisão, houve a interposição de Agravo de Instrumento no Supremo Tribunal Federal (STF). O relator, ministro Celso de Mello, conheceu do AI, e deu provimento ao RE, de acordo com a possibilidade prevista no Art. 544, § 4º, do Código de Processo Civil. Segundo o Art. 544, § 4º, do CPC,

o relator do AI poderá, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, conhecer do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial (RE); e, se o AI contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, o relator pode determinar sua conversão em RE, observando-se daí em diante o procedimento relativo ao Recurso Extraordinário.

Ministro Celso de Mello, relator do AI. (g.n).

2.4 Postulado da concordância prática ou harmonização:

Este postulado busca a conformidade das diversas normas ou valores em conflito no texto Constitucional, de forma que se evite a necessidade de exclusão total de um ou alguns deles. É centrado na:

[...] idéia de igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.⁹

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra Constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras.¹⁰

Como campo de sua aplicação temos a colisão de direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Exemplificando, a Constituição pátria ampara o direito à honra e à intimidade (Art. 5º, inciso XI) e ao mesmo tempo o direito de informação jornalística (Art. 220, § 1º). A interpretação de tais normas deve ser feita de maneira harmônica, de modo a não se excluir qualquer delas e preservá-lhes a essência.

⁹CANOTILHO, 2003, p. 1098.

¹⁰BASTOS, 2002, p. 178.

2.5 Postulado da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público:

Segundo tal axioma, uma norma não deve ser declarada inconstitucional: quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, militando a dúvida em favor de sua preservação; quando, entre interpretações plausíveis e alternativas, exista alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição.

Este postulado está em conexão com o da interpretação conforme a Constituição, adiante analisado.

2.6 Postulado da razoabilidade:

Segundo o postulado da razoabilidade, a interpretação não pode levar o estudioso do texto a uma posição absurda, destoante da realidade.

No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser admitida como presente no texto Constitucional sob duas óticas diversas. Primeiramente, pode-se considerar o postulado da razoabilidade como implícito no sistema, revelando-se assim como um postulado Constitucional não escrito, decorrente do Estado democrático de Direito. Por outro lado, poder-se-ia extraí-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo à dita cláusula.¹¹

Humberto Ávila¹² destaca algumas das exigências emanadas do postulado da razoabilidade, sendo esta utilizada em vários contextos e com várias finalidades, fazendo uma reconstrução analítica das decisões dos Tribunais Superiores.¹³

Em primeiro lugar, a *harmonização da norma geral com os casos individuais*, no sentido de que a interpretação das normas seja feita com a *presunção daquilo que normalmente acontece*, como no caso em que o Supremo Tribunal Federal considerou irrazoável presumir a falta de procuração quando um procurador do Estado apresenta defesa escrita em

papel timbrado da procuradoria.

Em segundo lugar, a razoabilidade impõe a *harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação*, traduzida por Humberto Ávila na exigência de *uma causa real justificante* para a adoção de qualquer medida, ou da relação de congruência entre o fundamento para a diferenciação entre sujeitos e a norma que estabelece a diferenciação. Exemplificando com leis consideradas irrazoáveis pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo autor cita: a que instituiu um adicional de férias de um terço para os inativos, por tratar-se de vantagem destituída de causa, já que só deve ter adicional de férias quem tem férias, e a lei que aumentou o prazo para interposição de ação rescisória somente para o Poder Público, por não existir nenhuma diferença real que autorizasse a distinção, e a lei que contava em dobro o prazo de aposentadoria somente para os secretários de Estado, por não existir qualquer particularidade que justificasse a diferenciação.

Em terceiro lugar, a observância do postulado da razoabilidade requer uma relação de *equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona*, a exemplo da criação de taxa judiciária em percentual fixo, considerada irrazoável pelo Supremo Tribunal Federal por não ser equivalente ao serviço prestado.

Em quarto lugar, a razoabilidade exige uma relação de *coerência lógica*, quer no sentido de *consistência interna* entre as normas jurídicas (p. ex. não é razoável uma lei municipal que estabelece uma obrigação para um sujeito e direciona a punição para outro, quer no sentido de *consistência externa* da norma com circunstâncias necessárias a sua aplicação (p. ex., não é razoável uma lei que impõe uma obrigação que não poderá ser tecnicamente cumprida, desde a edição, porque o

¹¹Ibidem, p. 235-236.

¹²ÁVILA, 2004, p. 506 e ss.

¹³Idem. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94 e ss.

órgão incumbido de cumpri-la não é capacitado nem competente para tanto).¹⁴

HUMBERTO ÁVILA bem pontua que todas essas exigências podem ser traduzidas na necessidade de relação de *equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona*, asseverando que qualquer ato legislativo ou executivo que não leve em consideração a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, viola o postulado da razoabilidade por desrespeitar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.¹⁵

Dentre algumas decisões em que os tribunais superiores utilizaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público, podemos citar:

- a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões;
- b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais;
- c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado *judgamento de consciência*, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada.¹⁶
- d) Exemplo claro do princípio da razoabilidade, há muito aplicado no Direito Penal, é o estado de necessidade. Cita-se, a título de ilustração, o caso de um naufrágio em que duas pessoas lutam por uma *tábua da salvação*. Ambas defendem o direito à vida, sendo os bens colidentes de igual valor, não havendo como se fazer a ponde-

ração entre ambos. Entretanto não é razoável exigir a qualquer deles que deixe de lutar pelo direito à vida, sendo eventual homicídio, nesta situação, inimputável.

O postulado da razoabilidade também foi consagrado pela legislação trabalhista, não sendo razoável que um empregado permita ser tratado com rigor excessivo, o que levou o legislador a caracterizar tal ato como justa causa para o empregado rescindir o contrato (Art. 483, 'b' da CLT).

Outro exemplo é o enunciado do Art. 444 da CLT:

Art. 444: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

HUMBERTO ÁVILA atenta que **no exame de razoabilidade não há um conflito entre princípios constitucionais** surgido em razão de uma medida adotada para atingir um fim, em razão do qual seja preciso investigar se a medida eleita é adequada em relação ao fim pretendido e se o meio utilizado era realmente necessário e proporcional em relação a outros meios disponíveis para a consecução do fim, como ocorre no controle de proporcionalidade, ao passo que no exame de razoabilidade-equivalência:

O aplicador precisa tão só investigar – utilizando o exemplo da imposição de uma multa – se o montante da multa guarda relação de equivalência com a gravidade do comportamento que se quer punir, não se avaliando nem a proporcionalidade nem a excessividade. Uma multa pode, em princípio, ser razoável, porque seu montante mantém relação de equivalência com a gravidade da falta cometida (por exemplo: uma multa elevada aplicada para

¹⁴ÁVILA, 2004, p. 508.

¹⁵Ibidem, mesma página.

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 224.

uma falta grave), mas, ao mesmo tempo, ser excessiva, porque restringe o núcleo de um direito fundamental, e desproporcional, porque a finalidade almejada poderia ser atingida de forma mais suave aos princípios fundamentais.¹⁷

2.7 Postulado da proporcionalidade: proibição do excesso ou proibição de proteção deficiente:

Consoante o princípio da proporcionalidade:

[...] o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma. Por esse princípio, que muitos chamam de razoabilidade-proporcionalidade, podemos identificar a necessidade de o intérprete verificar uma correspondência equitativa entre o sacrifício do direito e a regra em questão. Constitui medida de adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma, sendo que esta deve ser aplicada em sua *justa medida*.¹⁸

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO destaca que o princípio da proporcionalidade é decomposto pela doutrina alemã em três aspectos:

[...] *proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade*. No seu emprego, sempre se tem em vista o *fim* colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos *meios*, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do meio quando esse se mostra como o *mais suave* dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem

com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do mínimo em que todos devem ser respeitados.¹⁹

LUÍS ROBERTO BARROSO trata os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade indistintamente:

O princípio da razoabilidade (sic) é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.²⁰

Entretanto, **a razoabilidade distingue-se da proporcionalidade, conforme os conceitos supradecorados, referindo-se a primeira à equidade e a segunda à comparação de grandezas (dos vários meios alternativos):** adequação dos meios ao fim, exigibilidade do meio eleito e perdas e ganhos dos meios alternativos. Assim, seguindo esta distinção, o exemplo supracitado refere-se à aplicação do postulado da proporcionalidade.

Como exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade, citamos um acidente automobilístico sofrido por pessoa adepta de religião que expressamente proíba qualquer tipo de intervenção cirúrgica. No hospital, o médico responsável no atendimento desta pessoa terá que optar entre o direito à vida e o direito de liberdade de crença (convicção religiosa). Havendo possibili-

¹⁷ÁVILA, 2004, p. 509.

¹⁸ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 1999, p. 57.

¹⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 183.

²⁰BARROSO, 1999, p. 234.

dade de salvar a vida do paciente sem intervenção cirúrgica, deve-se fazê-lo (adequação dos meios ao fim), para posteriormente dar ao paciente a opção de escolha no seu tratamento. Assim, o postulado da proporcionalidade implica na ponderação entre bens de grandezas diversas.

GILMAR FERREIRA MENDES destaca a possibilidade de vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo:

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.²¹

O autor ressalta que o postulado da proporcionalidade ou da proibição de excesso não significa invasão de seara própria do Legislativo, tendo sido erigido à qualidade de norma Constitucional não escrita no Direito Alemão, derivada do Estado de Direito. Ensina que a utilização deste postulado envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa, lembrando decisão proferida em março de 1971 em que “o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins”,²² tendo o Tribunal Constitucional posteriormente explicitado que:

os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não

dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.²³

GILMAR FERREIRA MENDES conclui que “a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”.²⁴

O postulado da proporcionalidade é utilizado tanto para proibir o Poder Legislativo de exceder em sua função legislativa, como também de coibir-lhe a omissão (*proibição de proteção deficiente*), assim bem observado por LENIO LUIZ STRECK.²⁵

STRECK bem assinala que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissária, apresentando uma direção vinculante para a Sociedade e para o Estado e reitera que, tendo a Constituição força normativa, todas as suas normas, inclusive as denominadas *normas programáticas* – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – comandam a atividade do legislador, buscando alcançar o objetivo do constituinte, o que leva à conclusão de que o ato de legislar “não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cavalas”.²⁶

A doutrina alemã denomina de *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*) o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental. Segundo Carlos Bernal Pulido, este conceito refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção.²⁷

STRECK assevera que não há liberdade (absoluta) de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas

²¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 246.

²²Ibidem, p. 248.

²³Ibidem, mesma página.

²⁴Ibidem, mesma página.

²⁵STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n° 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2002, p. 243-284.

²⁶Ibidem, p. 249.

²⁷PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: s.e., 2003, p. 798 e ss.

consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nessa linha de raciocínio, se de um lado há a proibição de excesso, de outro há a proibição de proteção deficiente, ou seja, além de um garantismo negativo, a partir de proibição de excesso, o Direito Penal deve ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Para esclarecer a questão, o autor cita a discussão da descriminalização do aborto na Alemanha, Espanha e Portugal.

Assim, o controle da constitucionalidade deve ser feito tanto formalmente, quanto materialmente, de acordo com as regras e princípios constitucionais, que têm natureza de norma jurídica:

Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei nº 9.249/95, confirmada agora pela Lei nº 10.684/03), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento da vítima com terceira pessoa (Art. 107, VIII, do CP), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, coloca do mesmo lado penalistas dogmático-normativistas e liberais-iluministas.²⁸

Cabe aqui fazer uma análise do postulado da proporcionalidade, na sua versão de *proibição de proteção deficiente* – segundo as lições de STRECK –, referente ao Direito do Trabalho.

A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos fundamentais à sua máxima importância, tanto é que os posicionou em primeiro plano, antes de dispor sobre a

organização do Estado, além de atribuir-lhes a condição de cláusula pétrea (Art. 60, §4º, IV). Estabeleceu, ainda, em seu Art. 5º, §§ 1º e 2º, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam nela expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A dignidade da pessoa humana, adotada como fundamento da República Federativa do Brasil no Art. 1º, III de sua Constituição, exprime a essência dos direitos fundamentais, da qual todos os outros decorrem. Nas judiciosas lições de DANIEL SARMENTO, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segunda (sic) a qual **“o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio**. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele”. (g.n.).²⁹

A Constituição, portanto, tem a finalidade de tutelar a pessoa humana, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser aplicado em sua plenitude, inclusive nas relações privadas, uma vez que:

[...] a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imperativo incontornável.³⁰

A aplicação imediata dos direitos fundamentais torna-se cada vez mais necessária diante desse mundo globalizado, em que se terceiriza a produção para qualquer dos continentes do planeta em que a mão-de-obra estiver mais barata, muitas vezes sem se importar com os direitos sociais dos

²⁸STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 250.

²⁹SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59.

³⁰Idem. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-194.

trabalhadores, visando exclusivamente ao maior lucro, sem qualquer responsabilidade social.

Sem se falar no alto número de trabalhadores no mercado informal, ainda com resquícios de trabalho escravo em pleno século XXI, presenciando-se constantemente a burla dos direitos dos trabalhadores, que, diante do alto índice de desemprego, baixa escolaridade, e, até mesmo, por desinformação, assistem passivamente à violação de seus direitos.

Nesta época de constitucionalização do direito privado, com imposição de limites à autonomia privada para se preservar a dignidade da pessoa humana, é um paradoxo falar-se em desregulamentação do Direito do Trabalho, quando, no dia-a-dia, nem o mínimo legal é assegurado aos trabalhadores.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR bem observa que as técnicas de flexibilização do Direito do Trabalho, (cujo início deu-se em 1967, com a criação da *opção* do regime do FGTS e paulatina eliminação da estabilidade no emprego; as diversas modalidades de contrato determinado – modalidades de contratação precária, reduzindo direitos do trabalhador –, como o contrato temporário – Lei nº 6.019/74, o contrato provisório – Lei nº 9.601/98, contornando a previsão do contrato a prazo do Art. 443 da CLT, a revitalização das cooperativas de trabalho e a nova roupagem para a contratação por empresa interposta, na forma de terceirização):

[...] ao contrário de atacarem o problema do desemprego têm alimentado a própria lógica do desemprego e provocado uma crescente desvalorização do trabalho humano, o que, por certo, está gerando o agravamento de nosso maior problema social: a má distribuição de renda (há uma camada cada vez maior de miseráveis e uma camada cada vez menor de pessoas cada vez mais ricas). Em outras palavras, aqueles que hoje prestam serviços mediante a utilização desses mecanismos são os *empregados* de ontem (vide o exemplo das cooperativas

de trabalho). Ou seja, as referidas técnicas não geraram empregos, eliminaram os empregos que existiam (com prejuízos, é claro, para o próprio custeio da Seguridade Social).³¹

Assim, segundo o postulado da proporcionalidade, sob o prisma da *proibição da proteção deficiente*, deverá ser (a princípio) considerada materialmente inconstitucional qualquer lei que vier a desregulamentar direitos dos trabalhadores, ainda que sob alegação de gerar empregos, aumentando a contratação e a produtividade, uma vez que tais fins não justificam os meios, a redução dos encargos sociais não é o meio mais exigível, nem o menos oneroso para trabalhadores, seus contratantes e à sociedade de forma geral.

Isto porque não se pode suprimir direitos fundamentais dos trabalhadores, inerentes à sua dignidade, devendo-se combater os “reais problemas que geram obstáculos ao avanço social e econômico do país, especialmente, a má distribuição de renda e a falência do ensino público”.³²

LENIO LUIZ STRECK bem sintetiza a dupla face do postulado da proporcionalidade – de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais:

Ou seja, a inconstitucionalidade pode decorrer de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.³³

³¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O juiz entre a razão e a sensibilidade*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2004, p. 14.

³²Ibidem, p. 14.

³³STRECK, 2004, p. 254.

2.8 Postulado do não retrocesso social:

No Estado democrático de Direito, em que a atribuição de sentido à norma deve ir ao encontro da realidade, elevamos o princípio do não-retrocesso social a nível de postulado, ou seja, princípio vetor da interpretação Constitucional.

CANOTILHO conceitua a proibição de retrocesso social como um direito subjetivo das pessoas de não terem suprimidos os direitos sociais e econômicos que lhes foram concedidos, como por exemplo o direito dos trabalhadores, o direito à assistência, o direito à educação, os quais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional, além de um direito subjetivo.³⁴

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.³⁵

Assim, o não-retrocesso social se assemelha ao postulado da proibição da proteção deficiente, no qual, numa de suas vertentes, é vedado ao Estado suprimir proteção já existente em relação a direitos fundamentais.

Na Justiça do trabalho o postulado do não-retrocesso social é expresso, em menor dimensão, nos Arts. 468, *caput* e 620 da Consolidação das Leis Trabalhistas, respectivamente:

Art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por

mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Art. 620: As condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

Com o intuito de se evitar um retrocesso social, foi editada a Lei nº 9.300, de 29 de agosto de 1996, inserindo o § 5º no Art. 9º da Lei nº 5.889, de 1973, referente ao trabalho rural, dispondo que a cessão pelo empregador, de moradia e de sua infra-estrutura básica, assim como bens destinados à produção para a sua subsistência e de sua família, não integra o salário do trabalhador rural, desde que caracterizados como tais, em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais.

Também negando a natureza salarial de vários benefícios concedidos ao empregado, como por exemplo auxílio à educação, assistência médica, hospitalar, odontológica, prestada diretamente ou por meio de plano de saúde, seguro de vida, etc., foi editada a Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, que deu nova redação ao § 2º do Art. 458 da CLT.

A declaração legal expressa no sentido de que benefícios como moradia, auxílio à educação, assistência médica, participação nos lucros (Art. 7º, XI da Constituição Brasileira) etc, não têm natureza salarial é interpretada por Alice Monteiro de Barros como *recorte ao princípio protetor*, chamando tal fenômeno de *flexibilização normatizada*.³⁶ Entretanto, sob a ótica do princípio da livre iniciativa e considerando-se a dificuldade econômica dos tempos atuais, a inexistência de tais normas retirando expressamente o caráter salarial desses benefícios acarretariam na inviabilização dos mesmos, com o conseqüente não-fornecimento pelo empregador, em prejuízo da classe operária.

³⁴CANOTILHO, 2003, p. 338-339.

³⁵Ibidem, p. 339-340.

³⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 171.

2.9) Postulado da interpretação das leis conforme a Constituição:

O postulado da interpretação conforme a Constituição impõe a busca de uma interpretação que, embora não seja a mais óbvia do dispositivo, a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita, excluindo-se outras interpretações possíveis que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.

Poder-se-ia denominar este postulado de *postulado da concretização das normas jurídicas*, que, nada mais é que a compreensão da norma jurídica de acordo com o contexto do ordenamento jurídico em que se situa, considerando-se, portanto, a supremacia e a unidade da Constituição. Ou seja, é a aproximação da norma à realidade, estando a compreensão da norma diretamente ligada tanto à *pré-compreensão* do intérprete como ao *problema* concreto que se vai resolver.³⁷

Conforme KONRAD HESSE, segundo esse postulado, uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição.³⁸

A interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade. O texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.

Conforme ressalta CANOTILHO, a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão onde são admissíveis várias possibilidades interpretativas. Para salvar a lei não se admite uma interpretação *contra legem*. Tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil, não podendo o Judiciário, ao interpretar a lei, criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.³⁹

Com a edição da Lei nº 9.868/99 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – houve a institucionalização dos mecanismos da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto como formas de controle de constitucionalidade e, mais do que isso, houve o reconhecimento do Poder Legislativo de que a função do Poder Judiciário não se restringe, no plano do exame da constitucionalidade, a agir como *legislador negativo*, reconhecendo (explicitamente) que o Poder Judiciário “possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos”.⁴⁰ Nesse sentido, o parágrafo único do Art. 28 da Lei da Ação direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99):

Art. 28: Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

LENIO LUIZ STRECK bem assevera que *o processo hermenêutico é sempre produtivo*:

Quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência de uma norma), estar-se-á fazendo algo que vai além ou aquém do texto da lei, o que não significa afirmar que o Tribunal estará legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto

³⁷BONAVIDES, 2003, p. 604.

³⁸HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, apud, STRECK, 2004, p. 573.

³⁹CANOTILHO, 2003, p. 1227.

⁴⁰STRECK, 2004, p. 574.

legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos interpretativos existentes, o juiz ou o tribunal estará tão-somente cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis.⁴¹

STRECK distingue a hermenêutica clássica – que se limita a *reproduzir um sentido* que acredita estar *acoplado* ao texto, como se a lei tivesse um sentido em si mesmo –, da filosofia hermenêutica que dá um salto em direção à *produção de sentido*, onde o intérprete adjudica sentido, a partir de sua condição de ser no mundo, numa dada situação hermenêutica e sua consciência dos efeitos da história. Assim, reputa mais indicado falar em atribuição de sentido conforme a Constituição e não meramente em interpretação conforme a Constituição.⁴²

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO distingue a interpretação conforme a Constituição dos postulados anteriores, dizendo que a mesma deve ser aplicada somente quando os vários elementos interpretativos não permitem a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.⁴³ LENIO LUIZ STRECK discorda do mestre português, afirmando que não há sentido contido intrinsecamente na norma, que não há que se falar em *espírito do legislador* (corrente subjetivista) ou em *espírito da lei* (corrente objetivista), sendo que, aliado à pré-compreensão do intérprete, o sentido necessariamente exurgirá na conformidade do texto Constitucional, entendido no seu todo principiológico, ressaltando que o mecanismo (princípio) da interpretação conforme (assim como o da nulidade parcial sem redução de texto) *permite não somente redefinir o conteúdo do texto, como também adaptá-lo à Constituição*. É o que acontece frequentemente com as decisões que têm por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴⁴

STRECK destaca que o limite da interpretação é a Constituição e que, sendo esta mecanismo contra o desejo de maiorias eventuais, haverá ocasiões em que a intervenção do Judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto Constitucional. Cita como exemplo norma em que o legislador claramente deseja um determinado efeito, colidente, entretanto, com o texto Constitucional, sendo que a simples expunção do texto do universo normativo poderia gerar situações que representariam um retrocesso social. Ensina que, neste caso, uma interpretação conforme poderá ser o remédio que adapte a nova lei ao sentido da Constituição, “mesmo que isto contrarie o desejo da maioria parlamentar”.⁴⁵

Com efeito, no plano da filosofia hermenêutica (Nova Crítica do Direito), creio que está superado o debate sobre se os Tribunais criam ou não Direito. Parece não restar dúvidas sobre o fato de que as decisões/sentenças interpretativas, aditivas, ou redutivas *são criadoras de Direito*. Isto porque toda norma é sempre resultado da interpretação de um texto, com o que há sempre um processo de produção/adjudicação de sentido (*Sinngebung*), e não de reprodução de sentido (*Auslegung*). Esse aspecto é o que diferencia fundamentalmente a nova hermenêutica da hermenêutica clássica. A impossibilidade de reprodução do sentido querido pelo legislador está assentada na historicidade e temporalidade ínsita a todo ato de interpretação, sob pena de resvalar em direção a uma espécie de historicismo jurídico-hermenêutico. Ou seja, não há um sentido imanente à lei, pois isto seria admitir um sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos.⁴⁶

Transcreve-se, a seguir, parte do acórdão da ADIn nº 1946-5-DF, em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição, mantendo o Art.

⁴¹Ibidem, p. 575.

⁴²Ibidem, p. 580-581.

⁴³CANOTILHO, 2003, p. 1226.

⁴⁴STRECK, 2004, p. 583.

⁴⁵Ibidem, p. 592.

⁴⁶Ibidem, p. 593-594.

14 da Emenda Constitucional nº 20, referente ao salário maternidade, considerando inconstitucional sua limitação pela previdência e o pagamento do excesso pelo empregador sob pena de ofensa ao direito de igualdade na contratação entre homens e mulheres:

LICENÇA-GESTANTE – Salário. Limitação. ADIn. Art. 14 da EC nº 20, de 15.12.1998, e do Art. 6º da Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, baixada a 16.12.1998, pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Alegação de violação ao disposto nos Arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da CF.

...

Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação (*fumus boni iuris*) e do *periculum in mora*, é de ser deferida a medida cautelar. Não, porém, para se suspender a eficácia do Art. 14 da EC 20/98, como, inicialmente, pretende o autor. Mas, como alternativamente pleiteado, ou seja, para lhe dar, com eficácia *ex tunc*, interpretação conforme à Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no Art. 7º, XVIII, da CF/88, durante a qual continuará percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que responderá também pelo quantum excedente a R\$ 1.200,00, por mês, e o recuperará da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente (STF – ADIn nº 1.946-5 (ML) – DF – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 14.09.2001).

LICENÇA-GESTANTE – Salário. Limitação. Ação direta de inconstitucionalidade do Art. 14 da EC 20, de 15.12.1998. Alegação de violação ao disposto nos Arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da CF. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador)

e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a CF de 05.10.1988, cujo Art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada *na forma desta Constituição*, ou seja, nos termos previstos em seu Art. 7º, XVIII: *‘licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias’*. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda nº 20/98, mais precisamente em seu Art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do Art. 7º, XVIII, da CF originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do Art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do Art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a CF buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (Art. 7º, XXX, da CF/88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do Art. 5º da CF. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.

Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da medida cautelar, com adesão de todos os demais ministros, ficou agora ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da PGR. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos e, nessa manifestação do MPF, a ADIn é julgada procedente, em parte, para se dar, ao Art. 14 da EC 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença-gestante, a que se refere o Art. 7º, XVIII, da CF (STF – ADIn nº 1946-5 – DF – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 16.05.2003) g.n.⁴⁷

O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar, fundamentando-a numa interpretação conforme a Constituição, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade com a finalidade de impedir a interpretação da Emenda Constitucional nº 45 no sentido de se entender competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de servidores públicos estatutários.

Transcreve-se o texto da EC 45 enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal:

Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Senado Federal modificou o texto, acrescentando a exceção quanto aos seguintes servidores:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação.** (g.n.).

Entretanto, para agilizar a reforma do Judiciário, ao invés da Proposta de Emenda à Constituição retornar à Câmara dos Deputados para análise das alterações feitas, o mesmo foi promulgado sem as alterações promovidas pelo Senado Federal, as quais retornariam à Câmara por meio de PEC Paralela. Assim, a exceção introduzida pelo Senado Federal ainda deve retornar à Câmara para definir a competência para julgar ações relativas a questões trabalhistas de servidores públicos estatutários, incluídos os de autarquias e fundações, não se podendo, portanto, compreender que a expressão “toda e qualquer relação de trabalho” contida no enunciado 114 da CF, conforme redação da EC nº 45, abranja as relações de trabalho dos servidores públicos estatutários.

Ressalta-se que o STF não se limitou à apreciação do vício formal, dizendo que a mera inserção da exceção em relação aos servidores estatutários não autoriza a dedução de que tais servidores estariam compreendidos na expressão “relação de trabalho”, uma vez que a mesma não abrange as relações de direito administrativo.

Tratando-se de dispositivo específico sobre a Competência da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal não poderia simplesmente julgá-lo inconstitucional, eis que a simples expunção do texto do universo normativo esvaziaria a Competência da Justiça do Trabalho, em total afronta aos valores registrados nos princípios e regras constitucionais. Assim, não se limitou o STF ao papel de legislador negativo (declarando normas inconstitucionais), ou simplesmente à função reprodutiva da norma (confirmando sua constitucionalidade), agindo, pois, de forma

⁴⁷Acórdãos extraídos do CD Síntese Trabalhista, nº 8, sob nºs: 17354 e 19667.

criadora, atribuindo à norma um sentido conforme à Constituição:

DESPACHO: A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE – propõe a presente ação contra o inciso I do Art. 114 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela EC nº 45/2004. Sustenta que no processo legislativo, quando da promulgação da emenda constitucional, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado. 1. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Informa que a Câmara dos Deputados, na PEC nº 96/92, ao apreciar o Art. 115, aprovou em dois turnos, uma redação [...] que [...] ganhou um inciso I [...] (fls. 4 e 86). Teve tal dispositivo a seguinte redação: Art. 115: ‘Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’. 2. SENADO FEDERAL. A PEC, no Senado Federal, tomou número 29/200. Naquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania manifestou-se pela divisão da [...] proposta originária entre a) texto destinado à promulgação e b) texto destinado ao retorno para a Câmara dos Deputados (Parecer nº 451/04, fls. 4, 177 e 243). O SF aprovou tal inciso com acréscimo. O novo texto ficou assim redigido: ‘Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, EXCETO OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS CRIADOS POR LEI, DE PROVIMENTO EFETIVO OU EM COMISSÃO, INCLUÍDAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DOS REFERIDOS ENTES DA FEDERAÇÃO’ (fls. 4 e 280). Informa,

ainda, que, na redação final do texto para promulgação, nos termos do parecer nº 1747 (fl. 495), a parte final acima destacada foi suprimida. Por isso, remanesceu, na promulgação, a redação oriunda da CÂMARA DOS DEPUTADOS, sem o acréscimo. No texto que voltou à CÂMARA DE DEPUTADOS (PEC nº 358/2005), o SF fez constar a redação por ele aprovada, com o referido acréscimo (Parecer nº 1748/04, fls. 502). Diz, mais, que a redação da EC nº 45/2004, nesse inciso, trouxe dificuldades de interpretação ante a indefinição do que seja relação de trabalho. Alega que há divergência de entendimento entre os juízes trabalhistas e os federais, [...] ausente a precisão ou certeza, sobre a quem coube a competência para processar as ações decorrentes das relações de trabalho que envolvam a União, quando versem sobre servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas (fl. 7). Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do Art. 114 da Constituição Federal de 1988, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia *ex tunc*, ou que se proceda a essa sustação, com interpretação conforme (fl. 48). 3. DECISÃO. A Constituição Federal, em sua redação dispunha: ‘Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas’. O STF, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo

da Lei nº 8.112/90, pois entendeu que a expressão ‘relação de trabalho’ não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes, o regime é o – estatutário e não o contratual trabalhista (CELSON DE MELLO, ADI 492). Naquela ADI, disse mais CARLOS VELLOSO (Relator): [...] Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o Art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente [...]. O SF, quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI nº 492, o que já se continha na expressão ‘relação de trabalho’, constante da parte inicial do texto promulgado. A REQUERENTE, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal. Entendo não ser o caso. A não inclusão do enunciado acrescentado pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do *caput* do Art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as ‘relações de trabalho’ não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra. A este respeito o STF tem precedente. Destaco do voto por mim proferido no julgamento da ADC nº 4, da qual fui relator: ‘O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídi-

ca. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial. Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica. O comando jurídico – a proposição – tem que ter sofrido alteração’ [...]. **Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei nº 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há oportunidade para interpretação conforme à Constituição [...] sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica. É o caso.** A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito *ex tunc*. Dou interpretação conforme ao inciso I do Art. 114 da Constituição Federal, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do Art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Pú-

blico e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo 1. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005. Ministro Nelson Jobim, Presidente. Voto de Celso de Mello, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492, fls. 157-158 (STF – ADIn nº 3.395 – Relator: Cezar Peluso) (g.n.).

2.10 Postulado da inconstitucionalidade/nulidade parcial sem redução de texto:

GILMAR FERREIRA MENDES distingue este postulado do anterior dizendo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é Constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.⁴⁸

LENIO LUIZ STRECK classifica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto como espécies do gênero *decisões interpretativas*, para distingui-las daquelas nas quais o sentido não causa perplexidades no seio da comunidade jurídica, ressaltando que “o sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca do mesmo”:⁴⁹

Surgindo discrepâncias, nasce a divergência de cunho interpretativo. As decisões interpretativas constituem, em última *ratio*, uma espécie de decisões em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim

denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se acepções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador.⁵⁰

Da análise dos postulados da hermenêutica Constitucional, conclui-se que o intérprete deve se valer das regras de hermenêutica na busca da justa aplicação da norma. A observância das regras de hermenêutica legitimam a concretização das normas jurídicas. A Hermenêutica Jurídica Constitucional tem peculiaridades próprias, servindo seus postulados como vetores na opção do método de interpretação a ser utilizado.

“Da análise dos postulados da hermenêutica Constitucional, conclui-se que o intérprete deve se valer das regras de hermenêutica na busca da justa aplicação da norma. A observância das regras de hermenêutica legitimam a concretização das normas jurídicas. A Hermenêutica Jurídica Constitucional tem peculiaridades próprias, servindo seus postulados como vetores na opção do método de interpretação a ser utilizado.”

A concretização de qualquer norma jurídica deve obedecer aos postulados da supremacia da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade e harmonização das normas constitucionais. Ainda assim, não sendo possível o alcance da solução de um conflito de normas constitucionais, deve se fazer a ponderação dos bens em conflito, considerando-se a hierarquia axiológica entre os mesmos no caso concreto, utilizando-se do postulado da proporcionalidade. Sendo os bens jurídicos em conflito de igual

valor, deve-se aplicar o postulado da razoabilidade. Nos casos em que a expunção da norma do ordenamento jurídico (através da declaração de sua inconstitucionalidade) representar um retrocesso social, deve-se atribuir à mesma um sentido conforme à Constituição, ou expressamente declarar sua inconstitucionalidade em determinado sentido (nulidade parcial sem redução de texto).

2.11 Ponderação de bens:

Considerando-se o Estado democrático de Direito, DWORKIN procura uma teoria que legitime as decisões do Poder Judiciário

⁴⁸MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 286.

⁴⁹STRECK, 2004, p. 614-615.

⁵⁰Ibidem, p. 615.

pautada em argumentos jurídicos e não no mero arbítrio de cada Juiz, de aplicar ou não certos princípios invocando um poder discricionário, defendido pelos positivistas, nos casos de lacunas legais.

Os *hard cases* sempre geram controvérsias jurídicas. Tanto DWORKIN quanto ALÉXY questionam se é possível um controle racional sobre o exercício da ponderação de princípios ou se ela está sujeita ao arbítrio de quem a realiza.

DWORKIN ressalta que as decisões judiciais geradas por políticas são menos aceitas do que as fundamentadas em princípios. Não cabe ao juiz decidir um caso de tal forma sob o fundamento de que assim se estará regulando o mercado financeiro (utilitarismo jurídico). Por exemplo, uma ação que pede a fixação de um salário maior, por não atender o salário mínimo às exigências constitucionais, não cabe ao Juiz julgá-la improcedente sob o fundamento do impacto econômico que tal medida traria no mercado, inviabilizando o funcionamento de pequenas empresas (além de se tentar evitar um número infundável de ações com o mesmo pedido), visto que o Judiciário não tem legitimidade para estabelecer políticas públicas. Se a improcedência da ação for fundamentada em princípios jurídicos, a exemplo dos princípios da Separação de Poderes e da Igualdade – uma vez que o salário mínimo é fixado a nível nacional –, sob a mesma não recairiam questionamentos sob o aspecto da legitimidade.

Uma fundamentação com base em princípios jurídicos tem maior legitimidade do que a feita sob argumentos políticos uma vez que evita alegação de discriminações que normalmente os argumentos políticos ensejam. Ademais, a argumentação de princípios não sofre qualquer objeção quanto à originalidade da decisão judicial:

Mas um argumento de princípio nos leva a considerar sob uma nova luz, a reivindicação do réu de que é injusto surpreendê-lo com a decisão. Se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. Se

for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação em uma lei.⁵¹

Há casos em que o próprio texto Constitucional prevê a solução para um aparente conflito de normas constitucionais, como no caso do direito à propriedade e o instituto da desapropriação, ao dizer que esta se fará mediante indenização.

Entretanto, a Constituição não prevê a solução para todos os casos de normas contrastantes, cabendo ao intérprete buscá-la. Como se interpretar o direito à imagem de uma empresa e o direito à informação jornalística (Art. 220, §1º da CF), quando a empresa pretende impedir a veiculação de reportagem que diz sobre a reprovação de um de seus produtos nos testes de qualidade de produtos de várias empresas oferecidos ao consumidor? Ou o direito à honra da pessoa citada em noticiário como autora de crime? Qual o critério a ser utilizado na busca da **harmonização entre as normas constitucionais aparentemente antagônicas**?

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade.⁵²

⁵¹DWORKIN, 2002, p. 134-135.

⁵²BARROSO, 1999, p. 192.

Segundo CANOTILHO, os intérpretes se valem do método de ponderação ou balanceamento quando não encontram nos *princípios vetores da interpretação Constitucional* a solução justa para o conflito de direitos. Assim, o método da ponderação ou balanceamento tem sido utilizado para a solução de conflitos de normas constitucionais.

Conforme JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, há colisão ou conflito sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta.⁵³

O método de balanceamento, assim como toda interpretação jurídica, deve ser analisado de acordo com o caso concreto (direitos em conflito), pois o bem que prevalecer num determinado caso pode ser relegado para segundo plano diante das circunstâncias de outro caso. Nos dizeres de CANOTILHO:

Aqui o *balancing process* vai recortar-se em termos autónomos para dar relevo à ideia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁵⁴

O mestre português ressalta que os pressupostos para a utilização da **pondera-**

ção ou do **balanceamento ad hoc** para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais são, concomitantemente: a) a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que não podem ser realizadas ou otimizadas em todas as suas potencialidades; b) a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma Constitucional.⁵⁵

Em continuidade, bem distingue a ponderação de princípios da harmonização de princípios:

Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes. **Harmonizar princípios** equivale a uma contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um *peso* ou *valor* maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutra caso.⁵⁶

Mister se faz ressaltar as lições de CANOTILHO quanto à necessidade de *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica, sendo o apelo à *metódica de ponderação* uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*.⁵⁷

⁵³ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 220.

⁵⁴CANOTILHO, 2003, p. 1237.

⁵⁵Ibidem, p. 1240.

⁵⁶Ibidem, p. 1241.

⁵⁷Ibidem, p. 1240-1241.

Considerando-se o postulado da unidade, o intérprete deve conservar a identidade de todos os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sendo cauteloso na utilização de fórmulas como a ponderação de bens e valores. Pelo postulado da unidade da Constituição é necessário estabelecer o limite dos bens aparentemente em conflito a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima.

O método da ponderação de bens ou valores deve ser aplicado em conjunto com os postulados da unidade da Constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que no benefício auferido pela outra parte.

Conforme jurisprudência enfocada pela Juíza Federal Liliane Roriz, no Painel sobre *Colisão de direitos fundamentais* havido no IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do TRT da 15ª Região, realizado nos dias 27 e 28 de junho de 2002, o Supremo Tribunal Federal, utilizando o método de ponderação de valores, nos casos referentes à realização de exame de DNA, tem entendido que não se pode obrigar o pai a ter a sua integridade física violada, ainda que esteja em jogo o direito da criança à sua real identidade. Em caso peculiar, o STF determinou a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora Glória Trevi e fez a ponderação dos valores constitucionais contrapostos inerentes ao caso, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda e o direito à honra e à imagem dos servidores da Polícia Federal como instituição, atingidos pela declaração da extraditanda de ter sido vítima de estupro carcerário, amplamente divulgado pelos meios de co-

municação. O Supremo Tribunal Federal afirmou que naquele caso concreto deveria prevalecer o esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta ainda que o exame de DNA aconteceria sem a invasão da integridade física da extraditanda ou do seu filho, uma vez que seria feita através da placenta.⁵⁸

Na área trabalhista podemos citar, como caso em que se impôs a utilização do método de ponderação de bens, a concessão de liminar em Ação Civil Pública⁵⁹ decretando a intervenção na administração de empresa para forçá-la ao cumprimento da legislação trabalhista que vinha desrespeitando reiteradamente, tendo como um de seus argumentos o não-cumprimento de sua função social e o aviltamento à dignidade dos trabalhadores, argumentos que prevaleceram sobre o direito de propriedade da empresa.

Nota-se, no exemplo acima, a presença dos pressupostos para a utilização do método de ponderação, quais sejam, o conflito de bens (propriedade x dignidade dos trabalhadores e credibilidade das decisões do Poder Judiciário) protegidos por normas jurídicas que não poderiam, no caso, ser otimizadas em todas as suas potencialidades e a inexistência de regras abstratas de prevalência.

CONCLUSÃO

Ao estudar qualquer ramo do direito, é preciso apresentar os métodos de interpretação, pois o ensino dos institutos jurídicos e do direito posto por si só equivale a um ensinamento isolado, fragmentado, distante da prática e que não exercita o raciocínio do intérprete.

O sentido comum teórico dos juristas continua assentado nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo.⁶⁰ Entretanto, a jurisdição atual requer

⁵⁸ ANAIS, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT da 15ª Região. Campinas/SP, 2002.

⁵⁹ Decisão proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Levi Rosa Tomé, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público da União em face de Sobar S/A Alcool e Derivados, Sobar S/A Agropecuária, Agrobau Prestação de Serviços S/C Ltda. (sucessora de Agrobau – Agropecuária Ltda.), Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda., e outros. Vara de Trabalho de Ourinhos/SP.

⁶⁰ STRECK, 2004, p. 35.

que o operador do Direito lhe dê efetividade, cumprindo um papel transformador da sociedade, qual seja, de aproximar a norma da realidade, atendendo aos objetivos do Estado democrático de Direito.

Aqueles que se isolam em sua prática jurídica, apenas aplicando a lei ao caso concreto, sem sequer indagar se o direito, da forma como se aplica, está cumprindo sua função social, ou seja, se atende aos princípios e às regras constitucionais (valores constitucionais) – votadas por um Poder Constituinte Democrático –, não reconhece a que veio a Constituição, nem sua leitura atual, e desconhece sua força no papel da construção do discurso jurídico.

Podemos exemplificar com a norma que veda a concessão de liminar em Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública. Pelo método hermenêutico-clássico, o intérprete se restringiria à sua análise semântica, não encontrando qualquer hipótese de contrariedade ao seu próprio texto. Entretanto, os novos métodos hermenêuticos consideram o contexto em que a mesma é aplicada e enxergam os possíveis conflitos com outras normas jurídicas. Assim, num Mandado de Segurança em que o impetrante é portador do vírus HIV e pleiteia liminar para que o Estado forneça o medicamento necessário para que tenha dignidade no tempo de vida que lhe resta, provavelmente irá prevalecer o direito fundamental à vida. Observa-se que à luz da hermenêutica clássica, aplicar-se-ia a subsunção do fato à norma jurídica, vedando-se a concessão de liminar em Mandado de Segurança em face do Estado (Fazenda Pública), resultado da simples reprodução da lei. Já, através da hermenêutica Jurídica Constitucional, de caráter produtivo, ou seja, transformador, os princípios são reconhecidos como normas jurídicas, devendo ser assegurada sua efetividade, diante do que surgem os conflitos de direitos, havendo que se fazer a ponderação dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico para verificar, no caso concreto, qual tem peso maior, o qual irá, conseqüentemente, prevalecer.

A teoria material da Constituição parte da premissa de que o Judiciário deve assumir uma postura intervencionista, no sentido de se dar cumprimento aos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.⁶¹

Verifica-se, pois, que a jurisprudência trabalhista (decisões reiteradas dos tribunais) está em dia com a discussão metodológica contemporânea, aplicando as atuais teorias da norma e da hermenêutica jurídica Constitucional ao Direito do Trabalho.

Como exemplo deste avanço jurisprudencial, citamos a decisão da ADIN 1946-5-DFM, em que o STF, mantendo o Art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 – referente ao salário maternidade – interpretou-o conforme a Constituição, considerando sua limitação pela previdência e o pagamento do excesso pelo empregador inconstitucionais por ofensa ao princípio da igualdade, que deve ser observado na contratação entre homens e mulheres. As cortes trabalhistas também têm aplicado a nova dogmática jurídica Constitucional para solucionar colisões de princípios, tais como: princípio diretivo do empregador e os princípios da dignidade humana e da privacidade: revista íntima *versus* dignidade do trabalhador; monitoramento de e-mails *versus* privacidade do trabalhador etc.

De nada adianta um ordenamento jurídico, se não lhe for dada efetividade. A recepção e estudo da dogmática do Direito Constitucional pela doutrina trabalhista, antes de um teor filosófico, tem caráter pragmático, visando auxiliar os operadores do Direito na concretização da Constituição, contribuindo com o desempenho do Poder Judiciário em seu papel transformador, ou seja, efetivando os direitos à luz do Estado Democrático de Direito, o que importa na defesa dos valores constitucionais, inclusive, contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

⁶¹Ibidem, p. 185.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANAIS. *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT da 15ª Região*. Campinas/SP, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 5. Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo*, vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EMATRA XV – *Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região*. Conclusões na íntegra dos grupos de estudo do seminário Ampliação da competência da justiça do trabalho, promovido por EMATRA XV.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: s.e., 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O juiz entre a razão e a sensibilidade*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2002.

_____. Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades

hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. In: *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.