

CONSTITUCIONALIDADE, LEGITIMIDADE, COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DANIELA MACIA FERRAZ (*)

FERNANDA CRISTINA DE MORAES FONSECA (**)

Sumário: 1. Introdução; 2. Noções filosóficas e históricas: direitos sociais; 3. Supremacia Constitucional; 3.1. Controle de Constitucionalidade; 3.2. Interpretação das normas constitucionais, princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Solução de conflitos entre direitos fundamentais; 3.3. Princípio da legalidade material e a dignidade da pessoa humana; 3.4. Implicações no âmbito do Direito do Trabalho. Relações entre o princípio da proteção do trabalhador e a dignidade da pessoa humana; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste pequeno ensaio, que não se encontra imune a críticas, em especial, porque serão defendidos pontos de vista muitas vezes colidentes com a dogmática tradicional, é iniciar uma reflexão quanto à importância do controle de Constitucionalidade, através de uma releitura do texto Constitucional, analisando seus princípios e regras, fazendo-o, porém, sem o extremismo da Teoria Crítica do Direito, ou seja, partir-se-á do princípio de que o pluralismo normativo não impede, mas, ao contrário, exige um exame do ordenamento a partir de um texto indivisível, unitário e supremo.

Para tanto, em um primeiro plano, em uma breve incursão filosófica e histórica, analisar-se-á a dimensão dos direitos sociais na Constituição Federal sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais, prosseguir-se-á com noções de técnicas interpretativas do texto constitucional e, finalmente, examinar-se-á o possível conflito de princípios, apresentando algumas técnicas para a solução prática destes, sempre visando sensibilizar o intérprete quanto ao seu papel social na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

(*) Juízas do Trabalho Substitutas do TRT da 15ª Região.

Por fim, será traçado um paralelo com o Direito do Trabalho, incentivando o leitor a uma maior reflexão sobre as relações existentes entre os seus princípios fundamentais informadores, especialmente no que se refere ao princípio da proteção do trabalhador, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, disposições fixas consagradas como fundamentos da República Federativa do Brasil, pois *"hoje mais do que nunca convém recordar vigorosamente que o Direito e seus instrumentos devem servir para personalizar o Homem e não para coisificá-lo, seja em um número, em um objeto, uma mercadoria ou em uma marginalização"* (1)

2. NOÇÕES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS: DIREITOS SOCIAIS

Nas lições de Flávia Piovesan, citando Hannah Arendt, *"os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução"*(2).

Se o Jusnaturalismo ou a crença quanto à existência de Direitos naturais mostrou-se importante para a luta contra o absolutismo monárquico, faz-se necessário tornar bem claro que o Direito é uma Ciência do dever-ser, através do qual a sociedade busca transformar a realidade, submetendo-se, portanto, a toda carga axiológica e ideológica de um dado momento histórico, situação que não se mostra diferente com relação aos direitos humanos fundamentais.

Conferir valoração e historicidade aos direitos humanos pressupõe uma relação institucionalizada de comando e obediência, afastando-se do caráter pré-político, preconizado pelo liberalismo, presente, por exemplo, em *Hobbes e Rousseau*(3).

Nesta condição, é preciso enfrentar-se a realidade de que um Estado Democrático, verdadeiramente soberano, não se faz através de atitudes meramente negativas, abstendo-se de ferir supostos direitos subjetivos inatos, porém, notadamente, através de ações positivas, que visem concretamente à instituição de direitos mínimos ao homem, representando-se, assim, o predicado da cidadania universal(4).

No entanto, desvincular os direitos humanos de origens divinas ou inatas, atribuindo-lhes dimensão política, implica em uma grave consequência: os direitos humanos demandam a instituição legítima, comportando

(1) Haro, Ricardo. "Control Jurisdiccional de Constitucionalidad, in: Estudos de Direito Constitucional", coordenadores Grau, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 496.

(2) Piovesan, Flávia. "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana". *Revista do advogado*, p. 34.

(3) Kervégan, Jean-François. "Democracia e Direitos Humanos". Coletânea da obra Direito e Legitimidade, organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, Editora Landi, São Paulo, 2003, p. 117.

(4) *Idem*, *ibidem*, p. 123.

principalmente uma aceitação social. É óbvio que não se nega que há situações de cumprimento compelido por sanções, porém tais imperativos demandam da mesma forma a aceitação social mínima a uma ordem política.

Assim, como um ordenamento pode merecer reconhecimento e conseqüente legitimidade? Através de um Estado Democrático (não se nega que ideologicamente instituído), não fundamentado unicamente em direitos subjetivos, nos quais basta não se invadir a esfera de direitos de outrem, mas através de normas e condutas pautadas pela efetiva igualdade e eticidade, em uma relação de complementaridade com a moral⁽⁵⁾, no qual o respeito à dignidade humana é regra e não exceção.

Assim, faz-se mister ponderar que, no caso específico do Brasil, a Constituição de 1988 representou um importante instrumento de fortalecimento desse Estado Democrático, mediante uma instituição legítima de normas que condensaram os anseios sociais de um dado momento histórico. Os princípios implícitos e explícitos ali inseridos, em especial o da dignidade humana, bem como seu núcleo dos direitos fundamentais, elevados inclusive ao status de cláusulas pétreas, contemplando não só os direitos individuais como os direitos sociais, decorreram da vontade coletiva, sobrevivendo a dezenas de emendas e até mesmo a uma revisão constitucional, e, como tal, devem guiar a conduta do intérprete jurídico.

E mais, a Constituição Federal de 1988 não se conteve em consagrar tais princípios, indo além, enunciando expressamente, em seu artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil. A importância de tais disposições, especialmente para o Direito do Trabalho, pode passar despercebida aos mais desatentos. No entanto, imperativo se faz salientar que o princípio da proteção ao trabalhador, a base de todo o Direito do Trabalho, se fundamenta justamente nessas duas noções básicas, como se analisará de forma mais profunda no decorrer deste ensaio.

Feitas estas considerações, conclui-se que somente um reconhecimento formal da supremacia desses direitos e dos princípios constitucionais conferirá eficácia às regras que instituem o verdadeiro Estado Democrático, e nas lições de *Fábio Konder Comparato*, citado pela professora *Flávia Piovesan*,

... se os princípios gerais do direito, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, constituíam uma fonte secundária, subsidiária do direito aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária para a tarefa interpretativa. À luz desta concepção, infere-se que o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e

(5) *Habermas, Jürgen*. "Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos", coletânea da obra *Direito e Legitimidade*, organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Ed Landi, 2003, p. 68.

garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências da Justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.⁽⁶⁾

3. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Estabelecidas as diretrizes que legitimam os direitos humanos e a importância da Constituição Federal como um referencial de Justiça, é possível afirmar-se que é na Constituição de um Estado Democrático de Direito, que as normas jurídicas encontram seus limites e sua validade, seja para fins de legalidade, legitimidade ou vigência. Neste contexto, diz-se que a Constituição (e neste aspecto examina-se tão somente o aspecto da verticalização estrutural do sistema), além de imperativa, como as demais normas, é suprema, ou seja, a ela todas as demais normas deverão se conformar.⁽⁷⁾

Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, fez um dos mais importantes estudos da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, viabilizando a compreensão da supremacia constitucional. É certo que, modernamente, tal teoria é muito questionada, especialmente no que se refere à existência de norma fundamental; eis que, através de tal pressuposto de validade, buscou-se afastar da Ciência do Direito o estudo dos valores e dos fatos sociais, limitando-se apenas à análise do controle da eficácia jurídica intrínseca.

Nas palavras de *Kelsen*:

O Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo pelo qual outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado, ainda, em certa medida, o conteúdo da norma a produzir. Como dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem especial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é pro-

(6) *Piovesan, Flávia*, "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana", *Revista do Advogado*, p. 40.

(7) *Mota, Leda Pereira e Spilcovsky*, "Curso de Direito Constitucional". 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 11.

duto da conexão de dependência que resulta do fato de que a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até buscar, finalmente, na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental — hipotética nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁽⁸⁾

Entretanto, o processo de hierarquização do ordenamento jurídico, traçado por *Hans Kelsen*, é de extrema valia, porquanto viabilizou a caracterização intrínseca da própria noção de supremacia constitucional.

Registre-se, por oportuno, que o processo de hierarquização do ordenamento jurídico é bem mais complexo do que sustentam alguns autores, e, nesse aspecto, no ápice da pirâmide hierárquica não repousa a Constituição em seu sentido apenas formal.

3.1 Controle de Constitucionalidade

Dois enfoques mostram-se essenciais para a exata compreensão da dimensão do papel exercido pelo intérprete, ao exercer o controle de Constitucionalidade: 1) que o controle corresponde a um poder político e, 2) que a Constituição contém princípios implícitos ou explícitos (que se diferenciam das regras) e que estes princípios, em caso de colisão, devem ditar a atuação do intérprete (este segundo aspecto será analisado mais detidamente no próximo tópico).

Quanto ao primeiro aspecto, o mecanismo de controle de Constitucionalidade, mais do que uma forma de conformação das leis infraconstitucionais com o texto maior, é o exercício de um poder político, e o intérprete deve sempre ter em mente a grandeza e as implicações de seus atos. Nas lições de *Ricardo Haro*,

... embora o controle de constitucionalidade seja basicamente uma questão de puro Direito, já que se verifica a congruência de atos estatais com a Constituição a fim de assegurar o princípio da supremacia, não se pode ignorar que ao ser a Constituição a Lei Fundamental que assume juridicamente o projeto político-institucional de uma sociedade, toda sentença sobre a matéria constituiu uma verdadeira decisão política sobre aludido projeto.

E, citando *Aléxis Tocqueville*, arremata:

reveste-se o juiz de um imenso poder político, através do qual os juizes devem não ser somente cidadãos, homens instruídos e pro-

(8) *Kelsen, Hans. "Teoria Pura do Direito", trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Ed. 1962, pp. 309-10.*

bos, qualidades necessárias a todos os magistrados. É necessário encontrar neles (juízes) homens de Estado; é necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo.⁽⁹⁾

Não se olvidando jamais deste importante aspecto, materialmente, o controle de constitucionalidade preventivo realiza-se antes que o projeto se transforme em lei e entre em vigor (ex.: comissões de constituição e Justiça), porém não se trata propriamente de um controle de leis e atos normativos, porque não se tem ainda a existência de uma norma propriamente dita, mas mero projeto.

O controle a posteriori, no Brasil, é feito pelo Judiciário, por meio de uma intervenção difusa (feita por todos os órgãos que integram a estrutura do Judiciário), ou concentrada (Supremo Tribunal Federal), e pode abarcar tanto os atos comissivos (leis inconstitucionais) como omissivos (omissão do legislador em elaborar os atos normativos, através, por exemplo, do mandado de injunção).

As vias de controle são a ação direta de inconstitucionalidade ou representação (ADIN), ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e a exceção ou defesa.

Não se tratará do trâmite de cada ação, por fugir dos objetivos deste trabalho, porém é importante fixar que, declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se inaplicável, fazendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, coisa julgada *erga omnes* (obrigando a todos) e produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo desde a publicação da lei.

Importante destacar que

ainda dentro deste tema que a nossa Suprema Corte (STF), no controle em tese, tem declarado a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Tal se dá nas hipóteses em que, o Supremo Tribunal Federal, fixando a interpretação do ato normativo conforme a Constituição acaba, conseqüentemente, reconhecendo que qualquer outra é inconstitucional. Em síntese, a inconstitucionalidade se dá sem a redução do texto porque resulta da interpretação equivocada que foi dada à norma e não do seu texto.⁽¹⁰⁾

3.2. Interpretação das normas constitucionais e princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Solução de conflitos entre direitos fundamentais. Revista íntima.

A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intér-

(9) *Haro, Ricardo*. "Control Jurisdiccional de Constitucionalidad". In *Estudios de Direito Constitucional*, coordenadores GRAU, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 496.

(10) *Mota, Leda Pereira e Spilcovsky Celso*. "Curso de Direito Constitucional". Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 4.ª edição, 1999, p. 48.

prete e o texto, e seu produto final contará elementos objetivos e subjetivos. É bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que definam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzirá na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeição-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.⁽¹¹⁾

A interpretação constitucional é um caso especial de interpretação legal. Ainda que a teoria geral da interpretação abarque também a constitucional, possui esta última, particularidades, em razão: 1) do papel de superioridade hierárquica que ocupa no ordenamento jurídico; 2) em decorrência de seu caráter político conferindo conteúdo valorativo ideológico a seus termos; 3) do conteúdo das normas constitucionais, e 4) existência de princípios que servem de elementos sistematizadores de todo o ordenamento.⁽¹²⁾

Decorre desta peculiar situação, que regras (elevadas ao status de princípios) norteiam a interpretação das normas constitucionais, destacando-se: 1) unidade da Constituição; 2) efeito integrador; 3) conformidade constitucional; 4) eficiência da interpretação; 5) força normativa da Constituição; 6) interpretação conforme a Constituição, e 7) princípio da concórdia prática ou harmonização.⁽¹³⁾

Por unidade entende-se que o interprete deverá examinar as normas constitucionais sempre dentro de um contexto, e jamais de forma isolada, evitando-se dessa forma contradições entre tais normas. O princípio da efetividade é aquele que atribuiu a uma norma jurídica, em razão da supremacia ante as demais no ordenamento jurídico, o sentido que maior eficácia lhe oferece.⁽¹⁴⁾

O princípio do efeito integrador relaciona-se com a necessidade de conferir à resolução dos conflitos, critérios que otimizem a integração política e social; o princípio da conformidade fixa o âmbito de competência de cada órgão encarregado do processo de interpretação constitucional; a força normativa confere primazia aos argumentos que agreguem às normas

(11) Barroso, Luís Roberto. "Interpretação e Aplicação da Constituição", 2ª ed. Saraiva, 1998, p. 256.

(12) Mota, Leda Pereira, *Op. cit.* p. 25.

(13) Cleve, Clemerson Merlin e outro. "Algumas notas sobre a colisão de Direitos Fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional", coordenadores Grau, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 236.

(14) Mota, Leda Pereira *Op. cit.* p. 25.

constitucionais a máxima eficácia possível; o princípio da interpretação conforme a Constituição busca conferir um sentido unívoco aos termos, sempre em observância ao conjunto do texto, e o princípio da concordância prática tem a finalidade de conferir soluções, evitando a preponderância de um bem sobre outro.⁽¹⁵⁾

Questão de mais alta relevância ocorre quando, mesmo levando-se em consideração os princípios supracitados, duas normas constitucionais colidem.

Otto Bachof ofereceu importante contribuição ao admitir a existência da hierarquia entre as normas constitucionais e ao admitir a inconstitucionalidade de normas constitucionais.⁽¹⁶⁾

Embora esta teoria seja de grande valia, é necessário fixar-se a idéia de que, no Brasil, em se levando em consideração que o poder constituinte originário (aquele que faz a primeira Constituição, não no sentido histórico, mas no sentido revolucionário, instaurando ou inaugurando uma nova ordem) não encontra nenhuma limitação jurídica, e, conseqüentemente, não há normas originárias inconstitucionais dentro da própria Constituição. O mesmo pode ser dito em relação à existência de hierarquia entre as normas da Constituição, ou seja, esta não existe, porque vigora o princípio da unidade do texto constitucional.

Portanto, se a doutrina majoritariamente defende a inexistência de hierarquia e inconstitucionalidade entre as normas inseridas dentro da própria Constituição, como resolver o conflito?

É importante ter-se em mente que o conflito somente ocorre no campo da eficácia, ou seja, em um caso concreto, e as normas constitucionais dividem-se em regras e princípios, conformando-se as primeiras com as últimas. Os conflitos somente envolvem os princípios que dão suporte de validade às regras, e como esses se submetem a uma carga valorativa; em última hipótese, devem prevalecer aqueles que ocupem em uma escala hierárquica maior importância social. Portanto, a interpretação deve ser balizada pela razoabilidade, através da ponderação, sopesando-se os princípios colidentes.

Dois princípios vêm sendo admitidos pela Jurisprudência e pela Doutrina como básicos para a solução dos conflitos entre as normas constitucionais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade foi desenvolvido pelo direito anglo-americano (*reasonableness*), enquanto o princípio da proporcionalidade é mais utilizado na Europa Continental. Tanto o princípio da razoabilidade como o princípio da proporcionalidade orientam o intérprete no que se refere ao controle da relação entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, nas ações do Poder Público, limitadas a essa justa proporção.

(15) *Cleve, Clemerson Merlin e outro. Op. cit.*, p. 237.

(16) *Mota, Leda Pereira, Op. cit.*, p. 25.

Existem duas correntes doutrinárias no particular: a primeira delas, que se fundamenta no Direito Alemão, afirma que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade integram o conceito de Estado de Direito; a segunda posição, baseada na doutrina norte-americana, afirma que tais princípios estão contidos no conceito de devido processo legal, em seu aspecto substantivo (*substantive due process*).

É pacífico, entretanto, que ambos os princípios devem orientar o juízo de ponderação no sentido de que o sacrifício imposto a um dos direitos em conflito não seja, razoável e proporcionalmente, mais intenso do que o benefício obtido pelo outro, ou seja, esse sacrifício deve ser o meio mais adequado e necessário para atingir aquele resultado.

Liliane Roriz, em sua obra *Conflito entre Normas Constitucionais*, esclarece:

Com base em Bodo Pieroth e Bernard Schlink, Inocêncio Mártires Coelho lembra que esse pressuposto de adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.⁽¹⁷⁾

A interpretação da Constituição com base no princípio da unidade revela que a busca da compatibilização de direitos constitucionais em conflito, valendo-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve sacrificar o núcleo essencial de cada direito.

A fim de melhor elucidar a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de solução do conflito entre direitos constitucionais fundamentais, cita-se um exemplo atual e muito discutido: a revista íntima.

O contrato de emprego é sinalagmático na medida em que dele resultam aos contratantes obrigações contrárias e equivalentes. De um lado, o empregador tem a faculdade de dispor da força de trabalho do empregado, um dos fatores da produção de que dispõe, no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu. De outro, o empregado tem a obrigação de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins a que este último se propõe a alcançar. Portanto, o empregador tem o direito de dirigir e comandar a prestação pessoal dos serviços pelo empregado, enquanto este tem os deveres de obediência, diligência e fidelidade. Por força do princípio da boa-fé contratual, o empregado deve cumprir os deveres que lhe são impostos com lealdade, e o empregador, por sua vez, deve dirigir a prestação dos serviços com respeito à dignidade do trabalhador.

(17) Roriz, Liliane. "Conflitos entre normas inconstitucionais". Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002, pp. 45/46.

Neste contexto, a revista íntima se insere no poder de comando do empregador que tem o direito de fiscalização na execução do contrato de emprego. Por outro lado, o empregado não tem sua personalidade anulada na prestação dos serviços, razão pela qual lhe é reconhecido o *jus resistentiae* sempre que as determinações do empregador forem ofensivas à sua dignidade.

Nasce, portanto, um verdadeiro conflito entre normas constitucionais, envolvendo a livre iniciativa do empregador e a dignidade do trabalhador, disposições fixas consagradas nos incisos IV e III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Para solucionar tal conflito, o magistrado deve se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no sentido de ponderar que o sacrifício imposto a um dos direitos em conflito não seja, razoável e proporcionalmente, mais intenso do que o benefício obtido pelo outro. Por outras palavras, esse sacrifício deve ser o meio mais adequado e necessário para atingir aquele resultado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o poder de comando do empregador é limitado à dignidade do empregado, revelando-se que para a revista íntima ser legítima deve proporcionar a efetiva fiscalização sem sacrificar os direitos da personalidade do empregado. Acrescente-se, por oportuno, que a revista íntima deverá ser realizada com a prévia comunicação aos empregados, por pessoas do mesmo sexo e em locais reservados.

A revista íntima que humilhe ou diminua moralmente o empregado é ilícita e afronta o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Nesta hipótese, o empregado poderá exercer o *jus resistentiae*, já que seria atentatória à dignidade da pessoa humana a obediência fora dos limites traçados pelo princípio da boa-fé contratual.

Os incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 devem ser interpretados harmonicamente de modo que a revista íntima se insira no poder de comando do empregador, mas deve ser feita nos limites traçados pela destinação econômica da prestação de trabalho, em atenção ao princípio da boa-fé contratual, que impõe ao empregador o dever de valorizar a dignidade do trabalhador como expressão dos valores sociais do trabalho.

3.3 Princípio da legalidade material e a dignidade da pessoa humana

O princípio da legalidade não se confunde com o da reserva da lei. O primeiro significa submissão e respeito à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador (genérico); o segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente através de lei formal (específico).

A legalidade não é sinônimo de legitimidade, e há normas que podem ser legais, mas injustas. No entanto, em um Estado Democrático de Direito,

a legalidade exige que as regras que compõem o ordenamento se pautem por valores e princípios que iluminam a ordem jurídica, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, modernamente o controle de constitucionalidade ganha contornos novos sob o enfoque do princípio da legalidade material ou princípio da reserva da lei proporcional.

A simples observância ao princípio da reserva da lei não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessivamente restritivas de direitos, que, se aceitas, fariam letra morta os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, tornando-os ineficazes.

A adoção desta forma de controle de constitucionalidade, parte da consideração de que o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade, ou analisar conforme a razão, ou da proibição do excesso) condiciona o exercício da função legislativa, de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio de lei.

Examina-se a Constitucionalidade da norma, no plano intrínseco, ou seja, sua conexão com os meios e fins.

É feito um juízo de *adequação ou idoneidade* da medida adotada, verificando-se se o meio escolhido contribui para o resultado pretendido. A seguir examina-se a *necessidade ou exigibilidade* da adoção da medida. Estas verificações são tidas como subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Como se nota, a conformação com os princípios Constitucionais é de ordem material e intrínseca, analisando-se a norma em si mesma.

Como todo instrumento de contenção do arbítrio, adverte *Suzana de Toledo Barros*,

não se deve pretender reduzir a esfera de liberdade do legislador democraticamente legitimado para regulamentar a Constituição, pela ampliação de poderes do juiz, mas evitar que aquele poder político chegue ao excesso de produzir lei desnecessária, casuística ou desarrazoada.⁽¹⁸⁾

3.4. Implicações no âmbito do Direito do Trabalho. Relações entre o princípio da proteção do trabalhador e a dignidade da pessoa humana

Após tais explanações, mister se faz que se trace um paralelo entre o conceito de dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho. Pode-se afirmar com toda certeza que o fundamento maior e a própria razão de ser do Direito do Trabalho são a valorização da dignidade da pessoa humana.

(18) *Barros, Suzana de Toledo*. "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais". Brasília Jurídica, 1996, p. 24.

A dignidade da pessoa humana é consagrada como uma disposição principiológica na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III. O legislador constituinte estabeleceu uma das diretrizes fundamentais para os instrumentos normativos alusivos às relações de emprego que devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho e o respeito à dignidade do trabalhador.

Neste contexto, verifica-se que o princípio maior do Direito do Trabalho, qual seja, o da proteção do trabalhador, decorre da dignidade da pessoa humana. O princípio de proteção do hipossuficiente é conceituado como a intervenção estatal nas relações de emprego, através de normas de ordem pública, estabelecendo os direitos trabalhistas mínimos e indisponíveis, opondo obstáculos à autonomia da vontade.

Segundo *Américo Plá Rodriguez*:

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.⁽¹⁹⁾

Através de tal intervenção, o Estado assegura os valores sociais do trabalho bem como a dignidade do trabalhador. Eis que, em razão do evidente estado de sujeição em que o empregado se coloca em relação ao poder de comando do empregador, na execução do contrato de emprego, mister se faz a limitação da autonomia da vontade através de normas de ordem públicas que assegurem aos trabalhadores direitos mínimos e inafastáveis pela vontade das partes.

O mestre *Arnaldo Süssekind* ensina:

Todavia, no art. 1º, ao sublinhar os fundamentos da República Federativa do Brasil, referiu: III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho. Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos critérios supraestatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais.⁽²⁰⁾

(19) *Rodriguez, Américo Plá*. "Princípios de Direito do Trabalho". 3ª ed. São Paulo: LTr Editora, p. 28.

(20) *Süssekind, Arnaldo* e outros. "Instituições de Direito do Trabalho". 19ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2000, vol. I, p. 148.

É verdade que modernamente a finalidade do Direito do Trabalho é sustentada por alguns doutrinadores como sendo o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e exclusiva do trabalhador. Todavia, esse argumento não é exato, porquanto tal equilíbrio resulta da própria proteção ao trabalhador, ou seja, a paridade resulta da proteção.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades através da proteção do trabalhador como expressão máxima da dignidade da pessoa humana. Conforme já se salientou, a dignidade da pessoa humana está consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e tal dispositivo constitucional tem natureza jurídica de cláusula pétrea.

Os direitos sociais consagrados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 decorrem de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, guardando uma relação intrínseca com os direitos e garantias individuais do homem.

Dáí, conclui-se que os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 são cláusulas pétreas na medida em que guardam relação de continência com os demais direitos individuais previstos no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, são imutáveis. ⁽²¹⁾

4. CONCLUSÃO

Diz-se que a supremacia da Constituição, ou sua eficácia peculiar, somente ocorrerá à medida que os encarregados do seu cumprimento reconheçam a respeitem tal qualidade, o que implica, por um lado, na ampla participação política da população, assim capaz de exercer o controle dos atos normativos de seu interesse e, por outro, numa certa adequação da Constituição formal à realidade material e que se refere. ⁽²²⁾

A plena eficácia da Constituição e a realização de todos os princípios ali contidos, em especial a dignidade da pessoa humana, através do con-

(21) O Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o artigo 7º da Constituição, que disciplina os direitos sociais do indivíduo, não pode ser objeto do poder constituinte derivado reformador, porque é cláusula pétrea. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 939-07/DF), analisando o artigo 7º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal referiu-se aos direitos sociais como cláusulas pétreas. A decisão é fundamentada na relação de continência existente entre os direitos sociais e os direitos individuais previstos no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e, assim sendo, são imutáveis. No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence (julgamento da ADIn n. 1665-1/DF) fundamentou que "os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no artigo 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito do artigo 5º § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil".

(22) Ferraz Jr., Tércio Sampaio; Diniz, Maria Helena; Georgakilas, Ritinha A Stevenson. "Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia". São Paulo: Atlas, 1989, p. 123.

trole jurisdicional formal e material dos atos legislativos, são uma tarefa que comporta uma dimensão jurisdicional e política do intérprete, e é por isso que se torna tarefa das mais árduas.

Neste contexto, o magistrado trabalhista deve buscar nos fundamentos consagrados nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, a inspiração e o fundamento para a aplicação da lei aos casos concretos, em uma postura criativa, preservando os valores que foram consagrados pelo texto constitucional através de uma interpretação harmônica dos princípios constitucionais.

Nas sempre magistrais lições de *Ricardo Haro*,

Y si bien es cierto que, a esta altura de los tiempos, no es concebible un Estado "invasor" y "paternalista", también lo es que tampoco podemos aceptar un Estado "desertor", porque si el "invasor" y "paternalista" sofoca y ahoga a la sociedad, el "desertor" condena a la marginalización de los débiles; de los que no tienen voz, por los abusos de los poderes económicos que ocupan la escena social y asumen una mayor cuota de "poder" para acrecentar su insaciable ambición de riqueza... y, en esta difícil tarea, las Cortes y los Tribunales Constitucionales tienen que asumir, desde lo jurídico, la responsabilidad de esta nuevo garantismo que proteja un suficiente pero digno ejercicio de los derechos económicos sociales a los hombres.⁽²³⁾

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barros, Suzana de Toledo*. "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais". Brasília Jurídica, 1996.
- Barroso, Luís Roberto*. "Interpretação e Aplicação da Constituição". 2ª ed. Saraiva, 1998.
- Cleve, Clemerson Merlin* e outro. "Algumas notas sobre a colisão de Direitos Fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional", coordenadores GRAU, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo : Editora Malheiros, 2003.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio; Diniz*, em conjunto. "Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia". São Paulo : Atlas, 1989.
- Friede, R.* "Lições Objetivas de Direito Constitucional (e de Teoria Geral do Estado): para concursos públicos e universitários". São Paulo: Saraiva Ed., 1999.
- Habermas, Jürgen*. "Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos". Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.

- Kelsen, Hans*, "Teoria Pura do Direito". Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962.
- Kaufmann, Matthias*. "Discurso e Despotismo". Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.
- Kervégan, Jean-François*. "Democracia e Direitos" Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.
- Mota, Leda Pereira e Spitzcovsky Celso*. "Curso de Direito Constitucional". 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- Piovesan, Flávia*. "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana". *Revista do advogado*.
- Rodriguez, Américo Plá*. "Princípios de Direito do Trabalho". 3ª ed. São Paulo: Editora LTr, p. 28.
- Roriz, Liliane*. "Conflitos entre normas inconstitucionais". Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.
- Sussekind, Arnaldo e outros*. "Instituições de Direito do Trabalho". 19ª ed. São Paulo : Editora LTr, vol. I, 2000.