XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

LUIZ EDUARDO GUNTHER

CANDY FLORENCIO THOME

SANDRO LUNARD NICOLADELI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Candy Florencio Thome, Luiz Eduardo Gunther, Sandro Lunard Nicoladeli – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-365-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS ATORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O evento ocorreu no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016, na capital do Estado do Paraná.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezesseis artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento. Além disso, investiga a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, assim como temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores pelos impressionantes trabalhos e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de enriquecedores debates no Congresso que se avizinha.

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther - TRT

Profa. Dra. Candy Florencio Thome - USP

Prof. Dr. Sandro Lunard Nicoladelli - UFPR

A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DO DIREITO DE GREVE À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

THE POSSIBILITY OF RESTRICTIONS TO THE RIGHT TO STRIKE ACCORDING TO ROBERT ALEXY'S THEORY

Alessandra Barichello Boskovic [1]
Ingrid Giachini Althaus [2]

Resumo

O presente artigo analisa o direito de greve em âmbito constitucional, a fim de demonstrar serem possíveis restrições a este direito sem, com isso, feri-lo. Para tanto, demonstrar-se-á, a partir da doutrina de Robert Alexy, que a norma constitucional que garante o direito de greve é um princípio e que, como tal, é passível de colisão com outros princípios; na sequência, apreciar-se-á a técnica da ponderação enquanto ferramenta para solucionar casos que envolvam a colisão do direito de greve com outros princípios constitucionais; e, ao fim, discutir-se-á a restrição do direito de greve em colisão com outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: Greve, Direitos fundamentais, Princípios constitucionais, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the right to strike in Brazilian constitutional law, in order to demonstrate that it is possible to establish restrictions to this right without hurting it. To do so, it will be shown that, according to Robert Alexy's doctrine, the constitutional provision that guarantees the right to strike is a principle and, therefore, it may colide with other constitutional principles; in sequence, it will be appreciated Alexy's balancing model to resolve cases involving the collision of constitutional principles; finally, it will demonstrated that the right to strike may suffer restrictions when in collision with other fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to strike, Fundamental rights, Constitutional principles

[1] Doutoranda em Direito pela PUCPR.

[2] Doutoranda em Direito pela PUCPR.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir o direito de greve em âmbito constitucional, a fim de se demonstrar serem possíveis restrições a este direito sem, com isso, feri-lo.

Para tanto, demonstrar-se-á, a partir da doutrina de Robert Alexy, que a norma constitucional que garante o direito de greve é um princípio constitucional e que, como tal, é passível de colisão com outros princípios; na sequência, apreciar-se-á a técnica da ponderação enquanto ferramenta prática para solucionar casos que envolvam a colisão do direito de greve com outros princípios constitucionais; e, ao fim, discutir-se-á a possibilidade de restrição do direito de greve em casos cujo princípio constitucional com o qual o colida mereça peso maior na ponderação.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE GREVE: PRINCÍPIO OU REGRA?

Parte-se, aqui, de uma premissa conceitual: tanto as regras como os princípios incluem-se no conceito de normas, na medida em que ambos estabelecem o que "deve ser". Neste sentido, a distinção entre princípios e regras é uma diferenciação entre duas espécies normativas (ALEXY, 2011, p. 87).

Embora o tema não seja recente, sua relevância atual se deve às discussões provocadas pelas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ambos afastam-se do pensamento tradicional de que a distinção entre tais normas é de grau (generalidade, abstração, etc) e defendem a tese da separação qualitativa entre regras e princípios.

Dworkin parte de uma crítica ao positivismo jurídico – especialmente ao positivismo desenvolvido por Herbert Hart, seu antecessor em Oxford. Isso, porque ao conceber o ordenamento jurídico como um sistema composto apenas por regras, o positivismo não dá conta de fundamentar as decisões proferidas em casos difíceis, para os quais a mera subsunção dos fatos à norma mostra-se insuficiente (DWORKIN, 2002, p. 35). [1]

[1] Subsunção é a técnica interpretativa na qual uma premissa maior (norma) incide sobre uma premissa menor (fatos), produzindo um resultado (fruto da aplicação do enunciado normativo ao caso concreto).

Neste sentido, Dworkin argumenta que, além das regras jurídicas, há também os princípios jurídicos. Diferentemente daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, os princípios possuem também a dimensão do peso.

Assim, quanto às regras, ou estas valem (e, por isso, são aplicáveis em sua integralidade), ou não valem (e, portanto, não são aplicáveis): é tudo ou nada. Em se tratando de princípios, por outro lado, não faz sentido indagar sobre sua validade: em caso de colisão, terá prevalência aquele que tiver maior peso, ou seja, aquele que seja, no caso concreto, mais importante(DWORKIN, 2002, p. 39-45). Aquele princípio que não prevalecer não perderá sua validade nem será excluído do ordenamento jurídico: "ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto" (SILVA, 2013, p. 610).

Robert Alexy, assim como Dworkin, parte do pressuposto de que a distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa, e não de grau. Mas vai além: uma de suas principais contribuições foi delinear algumas premissas básicas dessa ideia e, em especial, desenvolver a ideia de que princípios são mandamentos de otimização.

Alexy argumenta que o principal aspecto de distinção entre regras e princípios reside na estrutura dos direitos que são garantidos por estas normas. Enquanto as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, os princípios garantem direitos ou impõem deveres que serão realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Deste modo, os princípios contém um mandamento que não é definitivo, mas apenas *prima facie* (ALEXY, 2011, p. 103-106).

Neste sentido, quando um direito é garantido por uma regra, este direito, por ser definitivo, deverá ser realizado totalmente. Em se tratando de princípios, por outro lado, a realização daquilo que a norma exige muitas vezes se dará de forma parcial. "Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente" (SILVA, 2010, p. 45).

A definição de regras de Alexy coaduna-se, portanto, à de Dworkin: as regras possuem estrutura biunívoca e são aplicáveis de acordo com o modelo "tudo-ou-nada" (DWORKIN, 2002, p. 39). Isso significa que as regras enquadram-se em apenas duas possibilidades: ou são válidas e, portanto, aplicáveis (no todo ou em parte); ou não se aplicam por serem inválidas. Não se admitem gradações.

Os princípios, por sua vez, estabelecem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – e, exatamente por isso, podem ser satisfeitos em variadas gradações. Assim compreendidos, os princípios são considerados por Alexy como "mandamentos de otimização" (ALEXY, 2011, p. 90).

Partindo-se desta distinção, é possível afirmar que a previsão constitucional contida no artigo 9º pode ser tomada como um princípio, e não uma regra. "É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios" (BARROSO, 2009a, p. 329).

Observe-se a redação do referido dispositivo: "É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender".

Estivesse o direito de greve garantido por uma regra constitucional, a sua realização se daria necessariamente de maneira definitiva. Não é este o caso. A proteção constitucional ao direito de greve se dá dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, *prima facie*.

Exemplo disso é a limitação do direito de greve em atividades consideradas essenciais, circunstância na qual o exercício deste direito fica limitado diante da obrigatoriedade de atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Neste sentido, o direito de greve não se opera segundo o raciocínio "tudo-ou-nada". Pelo contrário, ele deverá ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo sofrer restrições quando colidir com outros princípios constitucionais. É o que se passa a analisar a seguir.

3 A COLISÃO DO DIREITO DE GREVE COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Considerando que a Constituição Federal é um "sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central" (BARROSO, 2009a, p. 316), é natural que ocorram conflitos normativos.[2]

[2] É bem verdade que o conceito de "conflitos normativos" é objeto bastante controverso no âmbito jurídico. Todavia, não se menosprezando a importância da referida discussão na esfera do Direito Constitucional, as nuances de tal debate não são relevantes para a presente análise. Neste sentido, buscando-se simplificar a abordagem aqui delineada, empregar-se-á o conceito adotado por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual um conflito normativo "nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis". O uso da expressão "conflitos normativos" referir-se-á, portanto, neste trabalho, aos conflitos entre regras e às colisões entre princípios. (SILVA, 2010, p. 47.)

Conforme já analisado, por sua própria natureza, as regras garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*. Deste modo, havendo conflitos entre regras, há que se estabelecer uma solução "que não relativize essa definitividade" (SILVA, 2010, p. 47).

É neste sentido que o raciocínio "tudo-ou-nada" mostra-se válido: quando duas regras instigam diferentes consequências para uma mesma situação, uma delas será necessariamente inválida, total ou parcialmente. Se assim não o fosse, estar-se-ia diante de um problema de coerência no ordenamento e, ademais, o próprio critério estabelecido para classificação das regras (a definitividade) não se confirmaria (SILVA, 2010, p. 47-49).

Havendo uma parcial incompatibilidade entre duas regras, a solução somente poderia ser dada por meio da imposição de uma cláusula de exceção a uma delas; ocorrendo total incompatibilidade entre tais regras, a solução exigiria a declaração de invalidade de uma delas (ALEXY, 2011, p. 92).

Em se tratando de colisões entre princípios, contudo, o raciocínio jurídico que se impõe é necessariamente distinto. Em virtude do pluralismo de valores e de interesses abrigados em uma Constituição, há que se presumir que serão comuns as colisões entre princípios. Como reconhece Luís Roberto Barroso, "direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto" (BARROSO, 2009a, p. 329).

A solução de uma colisão entre princípios não poderá seguir o mesmo raciocínio aplicado ao conflito entre regras, já que não se pode falar em declaração de invalidade de um deles ou em estabelecimento de uma cláusula de exceção.

Robert Alexy explica: "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso" (ALEXY, 2011, p. 94).

Quando dois princípios estabelecem consequências jurídicas distintas e incompatíveis entre si para uma mesma situação concreta, a solução deverá se dar pela fixação de relações condicionadas de precedência (SILVA, 2010, p. 50).

Neste sentido, havendo uma colisão entre princípios, com base nos elementos do caso concreto um deles deverá ceder ao outro, o que significa dizer que este terá precedência em relação àquele. Sob circunstâncias diversas, todavia, a questão da precedência entre estes mesmos princípios poderá vir a ser resolvida de forma diferente.

A análise da precedência será realizada pelo sopesamento dos princípios colidentes, a fim de se definir, no caso concreto, "qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 95-96).

A fim de nortear a análise destas relações condicionadas de precedência entre princípios, Robert Alexy formulou a chamada *lei da colisão*. Considerando que nenhum dos princípios constitucionais goza, *a priori*, de prioridade em relação aos demais, uma colisão entre princípios não pode ser solucionada partindo-se de uma precedência absoluta de um deles.

Assim, o conflito deverá ser solucionado a partir de um sopesamento entre os princípios antagônicos, cujo objetivo é estabelecer em concreto qual dos princípios – que, em abstrato, estão no mesmo nível – terá maior peso.

A fim de melhor examinar a lei de colisão, pense-se em um caso hipotético envolvendo a colisão entre dois direitos fundamentais: o direito de greve e o direito à saúde, previstos nos artigos 9º e 6º, respectivamente, da Constituição Federal. Imagine-se que, em uma dada localidade, os médicos, enfermeiros e demais profissionais da área da saúde exerçam o seu direito de greve a fim de reivindicar maior segurança no trabalho. Em razão disso, os atendimentos médicos são diminuídos de tal maneira que coloque em risco a saúde da população naquela região.

Se houvesse apenas o direito de greve, o prosseguimento da paralisação estaria, para dizer o mínimo, autorizada. De outro vértice, se houvesse apenas o direito à saúde, a realização daquela greve seria proibida. Isso significa, portanto, que nesta hipótese concreta ambos os princípios conduzem a uma contradição: um deles restringe as possibilidades jurídicas do outro.

Esta situação não poderia ser solucionada a partir da declaração de invalidade de um dos princípios e a sua decorrente eliminação do ordenamento jurídico, sob pena de violação a um direito fundamental. Ela também não poderia ser resolvida pelo estabelecimento de uma exceção a um dos princípios.

Observe-se, aliás, que no exemplo dado, a norma Constitucional até estabelece uma regra excepcional que impede a paralisação total de atividades nas greves em atividades essenciais – como é o caso da saúde – a fim de que sejam atendidas as necessidades inadiáveis da comunidade.[3]

[3] Constituição federal, art. 9º, §1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Esta exceção, contudo, não é apta a solucionar o conflito em tela, já que a expressão "necessidades inadiáveis da comunidade" constitui um conceito jurídico indeterminado que pressupõe uma análise casuística (concreta) para sua definição.[4]

A solução para esta colisão reside na fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, pautada nos elementos do caso concreto. Observadas as peculiaridades de um dado caso concreto, a fixação de relações de precedência condicionada caracteriza-se pelo estabelecimento de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Alteradas as condições, é possível que a questão da precedência seja solucionada de forma diversa.

Desta maneira, existem quatro possíveis decisões ao caso aventado: (1) relação incondicionada (abstrata ou absoluta) de precedência do direito de greve sobre o direito à saúde; (2) relação incondicionada (abstrata ou absoluta) de precedência do direito à saúde sobre o direito de greve; (3) relação condicionada (concreta ou relativa) de precedência do direito de greve sobre o direito à saúde; (4) relação condicionada (concreta ou relativa) de precedência do direito à saúde sobre o direito de greve.

Conforme já mencionado anteriormente, por tratarem-se de princípios constitucionais, e não de regras, não há que se falar em relações incondicionadas (abstratas ou absolutas) de precedência, afastando-se, assim, as possibilidades enunciadas em 1 e em 2. Restam apenas as possibilidades 3 e 4, já que pautadas em relações condicionadas (concretas

[4] Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões que possuem sentido fluido, empregadas em situações nas quais o legislador não pôde – ou não quis – especificar de forma detalhada as hipóteses de incidência de um dado enunciado normativo ou exaurir o comando a ser dele extraído. Não se pode afastar, entretanto, a crítica de Eros Roberto Grau, segundo o qual não seria possível a existência de um conceito que fosse indeterminado. Isso, porque o significado do termo "conceito" pressupõe, por si só, uma definição das ideias nele contidas: "se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada". Grau não nega a existência de expressões cujos significados necessitem complementação valorativa por parte do intérprete, mas discute o emprego do termo "conceito". Independentemente da terminologia adotada – conceitos ou noções – o fato é que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados se dá de forma frequente na Constituição Federal de 1988, a fim de oportunizar a valoração subjetiva por parte do intérprete. É o que acontece, por exemplo, no artigo 9º, parágrafo 1º, quando estabelece que, em caso de greve, "a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade". Neste mesmo dispositivo é possível destacar dois conceitos jurídicos indeterminados: a expressão "serviços ou atividades essenciais" e o termo "necessidades inadiáveis da comunidade". É bem verdade que o artigo 10 da Lei de Greve (Lei 7.783/89) estabelece um rol de atividades que se considerarão essenciais, mas há que se destacar que não se trata de um inventário taxativo, mas de um mero rol exemplificativo. Para além das hipóteses ali contidas, caberá ao intérprete, no caso concreto, definir se a atividade em questão insere-se ou não na ideia de atividade essencial. Quando àquilo que se considerará uma "necessidade inadiável da comunidade", inexiste qualquer parâmetro quantitativo fixado pela via normativa. A Lei de Greve se limita a estabelecer que serão assim consideradas aquelas atividades que, se não atendidas, "coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (artigo 11). Cabe, portanto, em cada caso concreto, estabelecer o percentual de atividades que deverá ser mantido durante a greve para que se atenda ao preceito constitucional. (GRAU, 2009, p. 238.)

ou relativas) de precedência. A questão de destaque é definir, sob quais condições, qual dos princípios deve ceder e qual deles deve prevalecer.

Alexy elabora uma equação que busca esclarecer quais serão os "pesos" atribuídos aos princípios em colisão: "em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto" (ALEXY, 2011, p. 97).

Deste modo o sopesamento de princípios consistirá na referência às "condições de precedência (C) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob estas condições, P1 prevalece sobre P2" (ALEXY, 2011, p. 97). Assim, o princípio P1 precederá em face dos princípios com os quais colide sob as condições C, ou seja, a consequência jurídica que decorre de P1 será aplicável quando presentes as condições C.

Disso decorre que, a partir de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência deriva uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.

Neste sentido é que Alexy formula sua lei de colisão: "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2011, p. 99).

Deste modo, retomando-se o exemplo da greve dos trabalhadores da área da saúde, necessário seria o exame das condições fáticas inerentes àquela situação concreta. A título meramente exemplificativo, enumeram-se alguns dos aspectos que poderiam interferir neste sopesamento: qual a extensão do movimento paredista?; qual o tipo de atendimento médico afetado pela paralisação?; e qual o grau de legitimidade da pauta de reivindicações colocada pelos grevistas?

Todos estes elementos – e outros mais – devem ser pontuados a fim de se estabelecer a qual dos princípios deverá se atribuir maior peso no caso em questão. E nesta análise, a mera subsunção dos fatos à norma mostra-se insuficiente para solucionar os casos nos quais ocorra algum tipo de conflito normativo.

Utilizam-se, então, os critérios tradicionais de solução de antinomias. Norberto Bobbio aponta três como os principais: cronológico (norma posterior sobrepõe-se à anterior), de especialidade (norma especial sobrepõe-se à geral) e hierárquico (norma hierarquicamente superior sobrepõe-se à hierarquicamente inferior) (BOBBIO, 1999, p. 92).

Em se tratando de colisões entre princípios constitucionais, todavia, os critérios tradicionais cronológico e hierárquico não oferecem adequada solução. Isso, porque: (1) as

normas constitucionais são, em regra, editadas em um único momento: a promulgação da Lei Maior[5]; e (2) não há que se falar em hierarquia entre normas constitucionais[6].

Também o critério da especialidade possui limitada utilidade, visto que ele somente poderá ser utilizado quando existir, entre as normas, um antagonismo do tipo total-parcial. De acordo com Alf Ross, este tipo de antinomia pode ser classificada, quanto à sua extensão, em total-total, parcial-parcial e total-parcial (ROSS, 2003).

A antinomia do tipo total-total ocorre quando as normas em questão apresentam estritamente o mesmo âmbito de validade, de maneira que qualquer aplicação que se dê a uma delas contraria necessariamente a outra. Neste sentido, o critério da especialidade em nada soma à tentativa de solucionar o conflito entre as normas.

Já a antinomia parcial-parcial se manifesta quando as normas conflitantes possuem âmbitos de validade parcialmente iguais e parcialmente diferentes. Deste modo, cada norma possui um campo no qual sua aplicação se dá sem que haja qualquer conflito, e um campo onde necessariamente ocorre o conflito. No primeiro caso, inexistindo conflito, perde-se o objeto para aplicação do critério da especialidade; no segundo, em que pese a existência do conflito, em nada soma à sua solução a aplicação do critério da especialidade.

A antinomia total-parcial, por fim, se dá quando o âmbito de validade de uma das normas encontra-se compreendido no interior do âmbito de validade da outra. Neste caso, é possível que a norma com âmbito de validade mas amplo seja aplicada em ocasionar conflito com aquela de âmbito mais reduzido, mas esta, sempre que aplicada, colidirá com aquela.

É apenas o caso de antinomias do tipo total-parcial que o emprego do critério da especialidade poderá produzir efeitos positivos na solução do conflito. Entretanto, conforme destaca Daniel Sarmento, esta espécie de antinomia é incomum no âmbito constitucional. Segundo o autor, é muito mais usual a ocorrência de antinomias do tipo parcial-parcial, caracterizada pela "interseção parcial entre os domínios normativos dos cânones constitucionais" – circunstância esta que, como visto, não enseja a aplicação do critério das especialidade (SARMENTO, 1999, p. 42-43).

Resta evidenciado, portanto, que o critério da especialidade, assim como os métodos cronológico e o hierárquico, possuem limitada serventia à solução das colisões entre

---

[5] Ressalvadas as Emendas Constitucionais.

[6] O autor alemão Otto Bachof formulou controvertida teoria segundo a qual uma norma constitucional poderia ser considerada inconstitucional quando formulada em contrariedade a princípios transcendentes supralegais positivados na Constituição. Em tal cenário poder-se-ia falar em hierarquia estática entre normas constitucionais. Entretanto, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, julgou juridicamente impossível o pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional (ADIN 815-DF). (SARMENTO, 1999, p. 44-47).

princípios constitucionais. Em tais situações, a inteligência a ser desenvolvida necessitará uma estrutura diversa, que considere os múltiplos elementos em questão na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A esta estrutura convencionou-se denominar *técnica da ponderação*.

4 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO APLICADA ÀS COLISÕES QUE ENVOLVAM O DIREITO DE GREVE

A tese central da teoria de Alexy "é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização" (ALEXY, 2011, p. 575). Neste sentido, quando encontrarem-se em posições colidentes, os direitos fundamentais sujeitam-se à ponderação.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos conceituam a ponderação como "uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas" (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 345-346).

O propósito da ponderação é, portanto, solucionar os conflitos normativos do modo menos traumático para o sistema como um todo, de maneira que as normas em contraposição continuem a conviver, sem que haja a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em diferentes intensidades (BARCELLOS, 2008, p. 57).

Neste sentido, a ponderação será sempre conduzida tomando-se por base os elementos de um dado caso concreto. Daniel Sarmento afirma que:

> O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. (SARMENTO, 1999, p. 55)

Registre-se que a técnica da ponderação não é imune a críticas[7]. Por isso, o processo de ponderação deverá observar a máxima da proporcionalidade.[8]

Segundo Robert Alexy, a proporcionalidade pode ser dividida em três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação demanda que as medidas empregadas sejam apropriadas para conduzir aos resultados pretendidos pelo legislador. A máxima parcial da necessidade, por sua vez, determina que, dentre os diversos meios adequados à consecução de determinado fim, o legislador opte por aquele que seja menos gravoso. A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, determina que sejam ponderados o bônus e o ônus que determinada norma impõe a seus destinatários (BONAVIDES, 1993, p. 318-325).

A ponderação de princípios constitucionais deverá contemplar a máxima da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Neste sentido, havendo colisão entre princípios, a restrição de um deles em favor do outro só será justificada na medida em que (i) demonstre-se apta a garantir a sobrevivência do interesse sobre o qual atribuiu-se maior peso; (ii) não exista solução menos gravosa; e (iii) o benefício obtido pela restrição de um interesse compense o sacrifício imposto ao interesse antagônico (SARMENTO, 1999, p. 59-60).

Alexy finaliza:

> A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2011, p. 118)

Além da máxima da proporcionalidade, em se tratando de ponderação entre direitos fundamentais, outro aspecto a ser observado é o respeito à argumentação jurídica. Partindo-se do pressuposto de que (i) a ponderação é necessária nos casos de colisões entre princípios e (ii) é inerente a tal técnica uma carga de discricionariedade conferida ao julgador, há que se procurar limitar a ponderação a partir de critérios racionais.

Deste modo, "a legitimidade da decisão deve ser aquilatada através da justificação das restrições impostas a cada bem jurídico em confronto, que têm de observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão" (SARMENTO, 1999, p. 70).

---

[7] Eros Roberto Grau, por exemplo, reconhece expressamente sua antipatia pelo tema, sustentando que a ponderação é operada discricionariamente pelo intérprete, o que conduz à insegurança jurídica. (GRAU 2009, p. 283)

[8] A proporcionalidade apresenta grande semelhança com a ideia de razoabilidade, a tal ponto que Luís Roberto Barroso chega a sustentar a existência de relação de fungibilidade entre elas. (BARROSO, 2009b, p. 230). Não se trata, contudo, de posição doutrinaria unânime.

Assim, a ponderação segue acompanhada da argumentação jurídica, que nada mais é do que é do que o exercício de justificação da conclusão obtida. "Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta" (BARROSO, 2009a, p. 339).

Sem a pretensão de aprofundamento na chamada teoria da argumentação jurídica[9] – cujas discussões seriam objeto para um estudo a parte apenas a elas dedicado, dada a sua extensão e profundidade – há que se pontuar que a relevância da argumentação jurídica, tanto na hermenêutica como na filosofia do Direito, tem motivações relacionadas com a filosofia política e moral.

Segundo Barroso, a necessidade de argumentação relaciona-se com a filosofia política em razão da legitimidade democrática da atividade judicial, posto que ao se admitir a participação do Magistrado no processo de criação da norma, o fundamento de sua atuação já não pode decorrer unicamente do princípio da separação dos poderes. Assim, a "argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão" (BARROSO, 2009a, p. 340).

No plano moral, a necessidade de argumentação ganha força na medida em que "já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca" (BARROSO, 2009a, p. 341).

Existem numerosas teorias acerca dos parâmetros a serem observados pela argumentação para que esta seja considerada válida. Como dito anteriormente, não se pretende, aqui, adentrar tais complexidades, visto que seu estudo consistiria um ramo totalmente autônomo e novo de estudo. Entretanto, pode-se sistematizar, a partir da doutrina de Luís Roberto Barroso, três parâmetros elementares de controle argumentativo. Estes parâmetros, muito embora bastante simples, serão especialmente úteis em casos que envolvam a técnica da ponderação (BARROSO, 2009b, p. 364-370).

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve apresentar fundamentos normativos que lhe deem suporte, ou seja, a argumentação deve preservar seu caráter jurídico, não podendo ser estritamente lógica, moral ou política.

Além disso, em segundo lugar, deve-se refletir quanto à possibilidade de universalização dos critérios adotados para a solução de um dado caso concreto. "Por força do

[9] A este respeito, vide Robert Alexy (ALEXY, 2013.)

imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes" (BARROSO, 2009b, p. 367).

Este parâmetro visa proteger a integridade do sistema: o intérprete deve zelar pela unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica. Deste modo, decisões casuísticas devem ser evitadas e os precedentes devem ser observados, de modo a impedir variações não fundamentadas de entendimento.

Por fim, o terceiro parâmetro sugerido refere-se ao peso a ser dado às consequências concretas da decisão. O intérprete deve manter-se conectado à realidade e às consequências práticas de sua atuação. "Sua atividade envolverá um equilíbrio entre prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo)" (BARROSO, 2009a, p. 343). Dada a sua importância, o juiz constitucional deve manter-se atento às repercussões de sua atuação sobre a vida das instituições, do Estado e das pessoas.

Em suma, no ambiente marcado pela autonomia judicial na atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados e na ponderação de normas – regras/princípios – constitucionais, a argumentação jurídica torna-se a principal forma de controle da racionalidade, correção e justiça da solução elegida. É, portanto, fonte de legitimidade da decisão proferida.

5 A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE

Ao se ampliar a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais torna-se inevitável o enfrentamento de um problema decorrente da colisão entre tais direitos: a sua necessária restrição em dadas situações. Neste sentido, necessária se faz a distinção entre dois enfoques principais: a teoria interna e a teoria externa.

De acordo com a teoria interna, "a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores". Neste sentido, conclui-se, em termos de estrutura normativa, que os direitos definidos com base na teoria interna sempre possuem a estrutura de regras (SILVA, 2006, p. 37).

A partir do enfoque da teoria interna, portanto, tem-se que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É justamente nesta perspectiva que se pode falar em limites imanentes dos direitos fundamentais: de acordo com a teoria interna, "existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes" (SILVA, 2006, p. 37). A fixação desses limites, justamente por ser um processo interno, não será definida ou influenciada por aspectos externos, nem mesmo pela via de colisões com outros direitos.

Por consequência, se a definição dos direitos fundamentais estiver pautada na teoria interna, e se não for possível, por consequência, submeter tais direitos ao sopesamento, sempre que se exercita algo garantido por um direito fundamental esta garantia precisa se dar de modo definitivo, e não *prima facie*.

Em outras palavras, não há como sustentar, no âmbito da teoria interna "que determinada ação seja, *prima facie*, garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida" (SILVA, 2006, p. 38). Neste sentido, "a figura dos limites imanentes e o conceito de sopesamento são mutuamente exclusivos" (SILVA, 2010, p. 133).

Se a teoria interna pressupõe a existência de um único objeto (o direito e seus limites imanentes), a teoria externa, de outro lado, divide-o em dois: o direito em si e, em separado, as suas restrições. E é exatamente a partir desta distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução de colisões entre direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 39).

Assim, a relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é absolutamente estreita: os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que estabelece um direito *prima facie*. Isso conduz à conclusão de que a colisão entre normas que estabelecem direitos fundamentais poderá ensejar uma restrição a um dos direitos colidentes – sem afastar, contudo, a sua validade. "Todo direito fundamental é, portanto, restringível" (SILVA, 2006, p. 48).

Neste sentido, além da observância da máxima da proporcionalidade e da adequada argumentação jurídica durante o processo de ponderação, necessário se faz o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Considera-se o núcleo essencial de um direito fundamental o conteúdo mínimo deste direito, que, segundo Daniel Sarmento, "traduz um 'limite dos limites', ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição" (SARMENTO, 1999, p. 60).

Existem, todavia, dois entendimentos doutrinários quanto à natureza deste conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que levam a resultados bastante diferentes: a teoria

absoluta, defendida por Canotilho (CANOTILHO, 1992, p. 234-235), e a teoria relativa, sustentada por Alexy (ALEXY, 2011, p. 295-301).

De acordo com a teoria absoluta, o conteúdo essencial destes direitos deve ser delimitado de forma abstrata e seus limites não poderão ser transpostos em nenhuma hipótese – nem mesmo para a proteção de um outro direito fundamental.

A teoria absoluta subdivide-se em duas correntes: uma que defende o conteúdo essencial absoluto-dinâmico e outra que sustenta o conteúdo essencial absoluto-estático.

De acordo com a teoria absoluta-dinâmica, embora o conteúdo essencial de um direito fundamental constitua um limite intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com o passar do tempo. "Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências" (SILVA, 2010, p. 188).

De outro vértice, segundo a teoria absoluta-estática, "aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente intangível [...], mas também imutável" (SILVA, 2010, p. 189). Desta maneira, somente pode ser considerado intangível – e, por consequência, conteúdo essencial de um direito fundamental – aquilo que independa de ideologias ou da realidade social vigente, ou seja, aquilo que não muda com o tempo.

Já para a teoria relativa, "a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto" (SILVA, 2010, p. 196).

Logo, o conteúdo essencial de um direito corresponde, para esta teoria, àquilo que resta após o sopesamento, inclusive quando restar muito pouco – ou nada – do direito em questão.[10] Neste sentido, "o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso" (SILVA, 2010, p. 196).

Este conceito guarda íntima relação com a máxima da proporcionalidade, já analisada neste estudo: "restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos" (SILVA, 2010, p. 197). Aliás, é exatamente nesta relação que repousa o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial.

[10] A este respeito, Robert Alexy: "Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental." (ALEXY, 2011, p. 297-298).

Neste sentido, a definição do conteúdo essencial no âmbito da teoria relativa não se baseia apenas no quão intensa foi a restrição praticada: até mesmo uma restrição considerada leve poder ser tomada como violação ao conteúdo essencial de um direito quando não houver fundamentação suficiente para sustenta-la. Virgílio Afonso da Silva sintetiza:

> Nesse sentido, restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial. (SILVA, 2010, p. 198)

Ambas as teorias – absoluta e relativa – buscam assegurar maior proteção aos direitos fundamentais, já que tentam preservar tais direitos face a uma ação legislativa ou judicial desarrazoada. Entretanto, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, ambas apresentam fragilidades (MENDES, 2012, p. 59).

Ao acolher uma noção material do núcleo essencial dos direitos fundamentais, insuscetível de redução por parte do legislador ou do julgador, a teoria absoluta pode converter-se em uma "fórmula vazia". Isso, por causa de dificuldade – ou impossibilidade – de se demonstrar em abstrato a existência de tal mínimo essencial. "É certo, outrossim, que a ideia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger" (MENDES, 2012, p. 59).

Por outro lado, a teoria relativa pode ocasionar uma exagerada flexibilidade aos direitos fundamentais, "o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional" (MENDES, 2012, p. 60).

Considerando-se que a greve é um direito fundamental e que, naturalmente, poderá colidir com outros direitos fundamentais, lógica é a conclusão de que tal direito sofrerá restrições em determinados casos concretos (teoria relativa). Esta conclusão não importa em uma flexibilização ou precarização do direito de greve, mas apenas no reconhecimento de que não se trata de um direito absoluto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo (RDA).** v. 215. Rio de Janeiro: FGV, jan/mar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de janeiro: Renovar, 2005.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento***:* uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 1, n. 4, out./dez. 2006.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, n.1, jan./jun. 2013.