# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIAS DO DIREITO

**GILMAR ANTONIO BEDIN**

**JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**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

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIAS DO DIREITO

---

## Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

# ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

# ESTUDOS DE À SPECIFIC CASES LIGHT GIVES PROPORTIONALITY

**André Rodrigues**
**Rogério Gesta Leal**

**Resumo**

O presente trabalho se presta a realizar uma breve reflexão sobre o princípio da proporcionalidade, em Robert Alexy, e sua utilização pela jurisprudência trabalhista. Aborda a Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, que procura distinguir as regras dos princípios. Também trata das objeções apresentadas, em especial, por Jurgen Habermas, acerca do balanceamento, além de tecer considerações sobre o balanceamento e, em especial, o princípio da proporcionalidade e seus três sub-princípios. O trabalho se propõe a rebater as principais críticas apontadas em relação ao balanceamento, indicando a existência de meios para garantir ao balanceamento racionalidade. Finalmente, o trabalho analisa três situações concretas, atinentes à revista íntima de empregado, uso de e-mail corporativo para fins particulares e justa causa aplicada à empregado, apreciadas e julgadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, à luz da proporcionalidade, ocasião em que será possível concluir que o balanceamento constitui método capaz de superar as antinomias entre princípios ou entre princípios e valores constitucionais. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Princípio da proporcionalidade; robert alexy; jurisprudência trabalhista

**Abstract/Resumen/Résumé**

This work lends itself to conduct a brief reflection on the principle of proportionality, in Robert Alexy, and its use by the labor law. Discusses the Theory of Principles, Robert Alexy, who seeks to distinguish the rules of the principles. Also deals with the objections raised in particular by Jurgen Habermas, about balancing, and some considerations on the balance and in particular the principle of proportionality and its three sub-principles. The study aims to refute the main criticisms regarding balancing, indicating the existence of means to ensure the balancing rationality. Finally, the paper examines three specific cases, relating to the intimate journal of employee use of corporate email for personal purposes and cause the employee applied, assessed and judged by the Superior Labor Court, in the light of proportionality, when it will be possible to conclude that the balancing method is able to overcome the antinomy between principles or between constitutional principles and values. For the development of this work, the deductive method was used.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Principle of proportionality; robert alexy; labor law

## INTRODUÇÃO

A proporcionalidade vem sendo reconhecida como um princípio e como um método, tendo, em cada caso, funções distintas.

Muito se tem discutido, na doutrina e na jurisprudência, sobre a utilização da proporcionalidade enquanto método suficiente para superar/resolver antinomias entre princípios ou entre princípios e valores, havendo críticas contundentes sobre o balanceamento teorizado por Robert Alexy.

O presente trabalho tem como finalidade verificar alguns casos concretos, julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, primeiramente, será relevante desenvolver algumas questões relativas à Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, ocasião em que será tratado sobre a distinção entre normas jurídicas e a possibilidade de restrição a direitos fundamentais.

Ademais, serão apontadas algumas objeções apresentadas, em especial, por Jurgen Habermas, acerca do balanceamento, restrições estas que, diga-se de passagem, são compartilhadas por outros operadores jurídicos e põe em cheque o princípio da proporcionalidade.

Num terceiro sub-ítem, pretende-se tecer algumas considerações sobre o balanceamento e, em especial, o princípio da proporcionalidade e seus três sub-princípios, ocasião em que serão debatidas as principais críticas apontadas em relação ao balanceamento, além de se buscar verificar se tais argumentos acarretam desmerecimento da teoria em comento.

Finalmente, o trabalho se propõe a analisar três situações concretas, objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal Superior do Trabalho, à luz da proporcionalidade, ocasião em que será possível concluir se o balanceamento constitui ou não método capaz de superar as antinomias entre princípios ou entre princípios e valores constitucionais.

Neste ponto, será possível analisar, ainda que exemplificativamente, como o Tribunal Superior do Trabalho tem utilizado o princípio da proporcionalidade em alguns de seus julgados, notadamente nos conflitos que são desencadeados em uma relação de emprego.

Não se tem a pretensão, com o presente, de esmiuçar todas as questões que envolvem o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no âmbito dos tribunais trabalhistas, porém,

apenas buscar algumas respostas, ainda que provisórias, sobre como esta temática é ou vem sendo tratada.

Portanto, o presente trabalho oportunizará problematizar algumas questões relativas ao princípio da proporcionalidade, sob a ótica do Robert Alexy, e sua utilização em decisões pontuais emanadas do Tribunal Superior do Trabalho.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

## 1. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy

ALEXY (2009, p. 85) desenvolveu uma Teoria dos Direitos Fundamentais que parte do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais[1] podem ser de duas espécies: as regras e os princípios.[2]

Para a Teoria dos Direitos Fundamentais a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais reside na distinção entre regras e princípios, sem a qual não pode haver uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma teoria suficiente sobre o papel destes direitos no sistema jurídico (ALEXY, *ibidem*). Esta distinção é, nas palavras de Alexy, uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Para tanto, é possível perceber que vários critérios podem ser apontados para se distinguir regras de princípios, como a generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, a solução de antinomias. ALEXY (*op. cit.*, p. 90) refere que não existe uma distinção gradual, mas qualitativa entre princípios e regras.

A primeira distinção que é possível apontar, em ALEXY (*op. cit.*, p. 90-91), é que enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, por isso, mandamentos de otimização (caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e sua satisfação não depender somente de possibilidades fáticas, mas também jurídicas), as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não, contendo, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Daí, no seu entender, a distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

---

[1] ALEXY (*op. cit.*,54) procura distinguir normas de direito fundamental e direito fundamental, embora ambos os termos tenham estreitas relações. Pontua que alguém tem um direito fundamental porque há uma norma garantindo este direito, embora há normas de direito fundamental que não outorgam direitos subjetivos. (*op. cit.*, p. 50) Distingue, também, "norma" de "enunciado normativo", sendo que as normas podem ser expressas sem utilização de enunciados, como ocorre no semáforo.

[2] Com ele concorda BONAVIDES (2011, p. 286-289)

A segunda distinção por ele apontada (*op. cit.*, p. 91-94) diz respeito à forma de solução nas antinomias (conflitos entre princípios ou entre regras).

Neste ponto, um conflito entre regras é solucionado, ou pela declaração de invalidade de uma das regras (caso em que uma das regras é extirpada do ordenamento jurídico), ou através da introdução de uma cláusula de exceção. É de se referir, também, que a solução pode se dar através do critério da especialidade (norma especial prepondera sobre a norma geral) ou da cronologia (norma posterior prepondera sobre a anterior), ressaltando, neste caso, a decisão sobre a validade (*op. cit.*, p. 93)[3].

Por sua vez, as antinomias de princípios se resolvem mediante o sopesamento, preponderando, no caso concreto, o princípio que tem maior peso (um dos princípios terá que ceder). Afirma ele que, no caso de colisões de princípios, um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições, o que vale para aquele caso concreto, visto que, em outra situação, o resultado pode ser oposto (*op. cit.*, p. 93). A colisão de princípios ocorre na dimensão do peso, e não da validade.

Para tanto, apresenta, como fundamento da teoria dos princípios, a chamada "lei de colisão", segundo a qual os princípios são mandados de otimização, inexistindo uma relação absoluta de precedência, além de que sua referência a ações e situações que não são quantificáveis (*op. cit.*, p. 99). O que pretende o Autor afirmar é que inexiste, preliminarmente, uma hierarquia entre os princípios, de sorte que, havendo colisão entre princípios, mediante a análise do caso concreto, se relevará, através do sopesamento e condições que em seguida serão apontadas, qual o princípio que, naquele caso, por ter maior peso, importará (não na eliminação do ordenamento jurídico) na prevalência sobre outro princípio.

ALEXY (*op. cit.*, p. 99-103) aponta dois casos que foram julgados pelo Tribunal Constitucional Federal em que ocorreu a colisão entre princípios, senso passíveis de solução mediante a teoria que defende: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach. Em suma, o primeiro caso versava sobre a admissão da realização de uma audiência com a presença do acusado que, devido à tensão do momento, corria risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto; o segundo caso, tratava da possibilidade de uma emissora de televisão exibir um documentário mediante o qual citava-se o nome e apresentava-se a foto de uma pessoa condenada por um crime e que estava na iminência de ser libertada da prisão. Em ambos os casos, se narrou a colisão (persecução

[3] Complementando o raciocínio, também não se pode deixar de considerar o critério hierárquico, segundo o qual a norma superior prevalece sobre a inferior.

penal e integridade física; personalidade e liberdade de informar) que importou no sopesamento, no qual um dos princípios, no caso concreto, teve que ceder.

Por terem dimensão de peso, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus.

Outra distinção por ele (*op. cit.*, p. 103-105) apontada se refere ao caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigiriam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, não tendo, portanto, um mandamento definitivo, mas *prima facie*[4]. As regras, por sua vez, têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, justamente porque exigem que seja feito aquilo que ordenam. Como exceção, a existência de uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso, pode afastar este caráter definitivo, o que, para ALEXY, pode ocorrer em virtude de um princípio[5].

Contra as objeções ao conceito de princípios (a primeira, que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles; a segunda, que existem princípios absolutos, que não podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios; a terceira, que o conceito de princípios é muito amplo e, por isso, inútil), ALEXY (*op. cit.*, p. 110-117) contrapõe dizendo que o conceito de colisões entre princípios ocorrem no interior do ordenamento jurídico e pressupõe a validade dos princípios colidentes (I); alega que não há princípios absolutos em um ordenamento jurídico, sendo que, no caso da dignidade humana, prevista na Constituição alemã, a mesma assume, ora a condição de princípio, ora de regra, sendo, por isso, possível se recorrer ao sopesamento (II); finalmente, que princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos, não sendo adequado restringir o seu conteúdo.

Neste sentido, partindo-se do pressuposto que direitos fundamentais não são absolutos, é preciso reconhecer a possibilidade de restrições de tais direitos.

A restrição de um direito fundamental deve ser compreendida como "a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma visa proteger" (SHÄFER, 2001, p. 61).

---

[4] "Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas". (ALEXY, *op. cit.*, p. 104)

[5] Por isso, Alexy critica a aplicação de "tudo ou nada" das regras, defendida por Dworkin, visto que a cláusula de exceção pode afastar esta lógica. (nota do Autor)

A restrição a direitos fundamentais, que podem ser de duas espécies (em sentido estrito e imanentes)[6], decorrem da necessidade de compatibilização entre direitos (individuais ou coletivos) de diferentes interessados. *Prima facie* os direitos fundamentais possuem uma cláusula de maximização, não sendo intrínseca a possibilidade de restrição, que ocorre posteriormente quando da necessidade de compatibilizar os diferentes direitos expressos em uma Constituição (SHÄFER, *op. cit.*, p. 62).

Conforme salienta SHÄFER (*ibidem*), admitir restrições de direitos fundamentais é algo lógico em um regime democrático, já que a convivência prática de diversos direitos determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de uma pretensão possa aniquilar as esferas constitucionalmente protegidas.

Em vista disso, é de se ressaltar esta necessária relação de convivência e de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que se traduz na essencial unidade e coerência interna do texto constitucional, motivo pelo qual deve se buscar evitar a anulação do exercício de um direito através da concordância prática (SHÄFER, *op. cit.*, p. 76).

Esta imbricação de pretensões várias, igualmente protegidas constitucionalmente, é que reclama um método prático de conciliação e, em alguns casos, de solução, daí porque o balanceamento (ponderação) de direitos conflituosos, como defende Alexy, se mostra um procedimento adequado e possível de solução.

ALEXY (2003, p. 132) ressalta que as constituições democráticas modernas compreendem, portanto, duas construções principais de direitos fundamentais: regras (estreita e estrita) e princípios (ampla e extensa).

Admite, ademais, que valores e princípios tendem a colidir, sendo que a colisão só pode ser resolvida pelo balanceamento (2003, p. 133).

Alguns doutrinadores objetaram o fenômeno do balanceamento, sendo um dos mais respeitáveis argumentos os levantados por Jürgen Habermas, o que será tratado no tópico seguinte.

## 2. As objeções de Habermas quanto ao balanceamento

Jürgen Habermas apresentou, ao menos, duas objeções ao balanceamento que serão aqui destacadas.

---

[6] As restrições podem ser *scricto sensu* (expressas na própria Constituição ou previstas através de lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição) e imanentes (não expressas na Constituição nem em lei, porém, decorrente da idéia de sistema constitucional, ensejando os denominados limites imanentes, aos direitos fundamentais) (SHÄFER, *op. cit.*, p. 61/62)

A primeira objeção é de que o balanceamento retiraria dos direitos constitucionais seus poder normativo. Os direitos seriam degradados ao nível de fins, dos objetivos, das políticas e dos valores, perdendo a sua "prioridade estrita", que seria característica dos "pontos normativos". Essa objeção é acompanhada, para Habermas, do risco de decisões irracionais, inexistindo, para ele, critérios racionais para o balanceamento, o que ensejaria um sopesamento de valores de forma arbitrária ou irrefletidamente (ALEXY, 2003, p. 134).

A segunda objeção harbemasiana é de que o enfoque da ponderação subtrairia as decisões judiciais do reino definido por conceitos como os de certo e errado, de correção e incorreção, do domínio da justificação, para a seara definida por conceitos como adequado e inadequado, para o campo da descrição. Aponta que o sopesamento obteria um resultado, porém, não seria capaz de justificar este resultado (ALEXY, 2003, p. 135).

Com tais objeções, Habermas aponta efeitos graves da aplicação do sopesamento: a) diluição do poder normativo dos direitos fundamentais, o que importa um retrocesso histórico para a manutenção de direitos e garantias (rebaixar os direitos fundamentais para a condição de valores seria um retrocesso); b) a irracionalidade das decisões judiciais, em vista a inexistência de uma justificação consistente e a ausência de critérios que ensejam subjetivismo e decisionismo do julgador; c) o sacrifício da idéia de correção das decisões judiciais, juntamente com a justificação (a inexistência de critérios para separar a decisão correta da decisão incorreta).

Alexy, em contrapartida, apresentou argumentos que entendeu suficientes para afastar a tese habermasiana de insuficiência do sopesamento.

Para tanto, primeiro, esclareceu no que consistia o balanceamento; após, com base em exemplos, tentou refutar a tese de irracionalidade ou ausência de justificação dos resultados, o que se pretende tratar a seguir.

## 3. O princípio da proporcionalidade, em Robert Alexy: algumas razões para se defender o balanceamento

ALEXY (2003, p. 135) refere que o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente: o princípio da proporcionalidade.

STUMM (1995, p. 78) destaca que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado a idéia de limitação do poder no século XVIII, tendo como fim garantir a esfera da liberdade individual das ingerências administrativas, compreendendo, em especial, na época, as áreas administrativa e penal. No século XIX, a proporcionalidade assumiu papel de limite legal à

arbitrariedade do poder executivo. Porém, só no século XX, na Alemanha, adquiriu foro constitucional e reconhecimento enquanto princípio[7].

O princípio da proporcionalidade[8] importa, no entender de Alexy, em três sub-princípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste em analisar a idoneidade do meio para atingimento dos fins que se objetiva. A questão é verificar se o meio empregado alcança ou não o fim a ser atingido. Por tal sub-princípio, se excluem os meios que obstruam a realização de um fim (ALEXY, 2003, p. 136). O que se busca é, por meio da adequação, verificar se o meio é ou não adequado para certo fim. A adequabilidade, assim como a necessidade, dizem respeito ao que faticamente é possível.

A adequação estabelece uma relação de medida-fim, ou seja, devem ser analisados os meios utilizados à consecução de um certo fim, se são adequados e suficientes para concretizar certa medida.

A necessidade consiste em verificar, entre os meios, aquele que seja menos gravoso, menos incisivo, que interfira menos intensamente, que seja menos oneroso (ALEXY, 2003, p. 136).

A necessidade estabelece uma relação meio-meio, visto que parte do pressuposto de que a invasão na esfera de direitos deve ser a menor possível, por isso, deve se investigar, entre os meios, qual é menos gravoso, menos prejudicial.

Não é demais ressaltar que o sub-princípio da necessidade pressupõe a observância prévia do sub-princípio da adequação, de sorte que, sendo os meios adequados, o sub-princípio da necessidade impõe que seja escolhido aquele que seja eficaz e menos gravoso.

Nas palavras de Alexy (2003, p. 136), "quando os custos forem inevitáveis, o balanceamento torna-se necessário", sujeitando ao terceiro sub-princípio: o da proporcionalidade em sentido estrito.

Expressa tal sub-princípio a otimização relativa às possibilidades jurídicas: "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de

---

[7] O princípio da proporcionalidade também é chamado de princípio da proibição do excesso ou justa medida.

[8] SHÄFER (*op. cit.*, 104-105) salienta que os termos proporcionalidade e razoabilidade, embora comumente tratados como sinônimos, não podem se confundidos: enquanto o princípio da razoabilidade tem raízes no constitucionalismo americano, baseado no devido processo legal, como fundamento da legalidade dos comandos do poder público, o princípio da proporcionalidade, por seu turno, tem raízes no direito alemão, decorrendo diretamente do princípio da legalidade, partindo da idéia de que são os direitos fundamentais descritos na Constituição que regem todo o ordenamento jurídico. O princípio da razoabilidade, ademais, tem uma função negativa (visa evitar que sejam ultrapassados os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram aceitáveis, em termos jurídicos), enquanto o da proporcionalidade tem uma função positiva (na medida em que pretende demarcar aqueles).

satisfazer o outro" (*op. cit.*, 2003, p. 136). Trata-se do momento cabal do sopesamento, onde será analisada a relação custo-benefício da norma validada. Nas palavras de SHÄFER (*op. cit.*, p. 109), deve ser compreendido como princípio da "justa medida", mediante o qual, após analisado se o meio escolhido alcança o fim pretendido, se o meio é menos gravoso, se sopesará se o custo-benefício de sua aplicação é justificado.

Em outra palavras, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito questiona se o resultado a ser obtido com a intervenção, ou seja, as vantagens e desvantagens dos meios em relação ao fim.

ALEXY (*op. cit.*, p. 137) pondera que a metodologia do balanceamento pode ser dividida em três fases. A primeira fase é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. A segunda fase analisa a importância de satisfazer o princípio concorrente. Na terceira fase, se responde a questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou não-satisfação do primeiro.

Certamente, o terceiro sub-princípio (da proporcionalidade em sentido estrito) é o mais problemático e criticado, visto que, para alguns, daria abertura ao subjetivismo e ao decisionismo.

ALEXY (2003, p. 137-141) não concorda com as assertivas de irracionalidade e ausência de justificação para a metodologia do balanceamento. Defende que o balanceamento é plenamente justificável, vinculando com a teoria da argumentação jurídica, e conduzindo a um enunciado de preferência racionalmente fundamentado.

Para tanto, refere que a primeira objeção de Habermas somente se justificaria se não fosse possível realizar juízos racionais sobre a intensidade da interferência, graus de importância e a relação entre estes.

Exemplifica com o julgamento da Corte Constitucional Federal sobre alertas de possíveis danos à saúde pelo tabaco, referindo que a análise de uma escala desenvolvida em estágios ("leve", "moderada" e "séria") importa em imputações válidas.

Também aponta o exemplo do caso "Titanic", em que havia um conflito entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, onde, em duas edições, uma pessoa teria sido chamada, respectivamente, de "assassino nato" e "aleijado". Pondera que, nos casos, a intensidade da interferência entre os direitos foi determinada e eles foram colocados em relação um ao outro. Referiu que a estrutura do raciocínio da Corte, representada pela regra a qual fez alusão (regra da desproporcionalidade[9]), cria uma relação entre juízos sobre graus de

[9] A regra consiste, segundo Alexy (2003, p. 139) no seguinte: "Uma interferência em um direito constitucional é desproporcional se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma

intensidade e juízos sobre proporcionalidade que importam em razões para o julgamento com pretensão de correção, o que seria suficiente para amparar a tese de que o balanceamento não retira ninguém do terreno da justificação e da correção.

Contra o argumento da arbitrariedade, refere que, ao analisar, no caso, (o grau de) a interferência de um direito no outro, a Corte constitucional não agiu arbitrariamente, mas apresentou relevantes argumentos para decidir, por isso, não podendo ser atribuído ao balanceamento a alegação de aplicação irrefletida.

Com tais argumentos, o Autor conclui que as objeções apresentadas por Habermas não se mostram adequadas.

Não se pode desconsiderar que críticas contundentes sobre a metodologia do balanceamento, feito através do princípio da proporcionalidade, persistem.

Neste sentido, há uma preocupação para que o método seja calcado em elementos racionais, fundamentados e que se afaste do campo do puro subjetivismo e decisionismo judicial.

SALOMÃO (2013, p. 67) defende a insuficiência do método, ressaltando que não se trata de um método neutro capaz de assegurar a racionalidade, considerando, em especial, as preconcepções do magistrado, motivo pelo qual conclui que o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito é uma janela para a discricionariedade:

> "...na medida em que sua utilização na resolução de conflitos normativos entre princípios dá azo às manifestações camufladas do subjetivismo por não ter elementos que limitem ou disciplinem sua utilização, por permitir a equiparação de normas jurídicas do tipo princípio aos valores meramente axiológico, quando da prática da ponderação, e, por fim, por pretender-se instrumento neutro e eficaz capaz de conferir racionalidade ao processo, isentando assim, o magistrado da tarefa hercúlea que deve carregar de vasculhar todo o ordenamento jurídico para encontrar a única solução que o Direito aponta como sendo a adequada para o caso concreto, único, particular e irrepetível".

Por sua vez, SHÄFER (p. 80/82) salienta que é possível a racionalidade da ponderação mediante a observância da fundamentação, o que, para o Direito Brasileiro, teria lugar na necessidade de serem as decisões judiciais fundamentadas, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Neste ponto, ao se realizar o sopesamento, é imprescindível estabelecer uma fundamentação para este resultado, o que eliminaria o irracionalismo subjetivo e se passaria para o racionalismo objetivo, gerando um processo controlável de ponderação.

---

interferência em um outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que essa última seja pelos menos tão intensa quanto a primeira."

As soluções para um conflito de bens só podem ser efetuadas de um modo racional, exteriorizando-se todos os elementos ensejadores do convencimento. A motivação das decisões judiciais, constitucionalmente exigidas, tratar-se-ia de uma garantia impeditiva do discricionarismo judicial, mediante a qual podem elas ser avaliadas e legitimadas, verificadas e refutadas (SHÄFER, *op. cit.*, p. 82).

Em considerando tais assertivas, a exposição ao controle da motivação afastaria a discricionariedade judicial, pois a convicção deve ser racional.

Referindo-se a uma decisão do Supremo Tribunal Federal, SHÄFER (*op. cit.*, p. 84) corrobora que "...a necessidade constitucional de fundamentação dos atos judiciais retira, por completo, qualquer carga de arbítrio por parte do magistrado, traduzindo-se em poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz".

MENDES (2004, p. 49), no mesmo norte, ressalta que a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em matéria de restrições a determinados direitos, deve-se analisar não somente sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), como também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Não se pode desconsiderar as críticas que são feitas à fórmula do balanceamento e, por consectário, ao princípio da proporcionalidade, sendo argumentos que denotam a complexa atividade de interpretar e aplicar o Direito.

Por outro lado, não se mostra adequado, como pretendem parte da doutrina, desmerecer a construção doutrinária feita por Alexy, notadamente quando se percebe que os tribunais, especialmente brasileiros, tem se utilizado da proporcionalidade enquanto método de solução de antinomias entre princípios ou entre princípios e valores constitucionais.

É possível, neste ponto, perceber que a proporcionalidade pode assumir duplo papel, qual seja, de princípio e de método.

Enquanto princípio, a proporcionalidade tem como finalidade orientar os poderes de Estado, visto que impõe limitações na atuação dos poderes, o que se assevera, exemplificativamente, quando controla a discricionariedade administrativa, a atividade legislativa e serve como parâmetro para as decisões judiciais.

Por sua vez, enquanto método, a proporcionalidade se mostra como um verdadeiro caminho a ser percorrido pelo intérprete e aplicador do direito, visto que, ao se deparar com antinomia entre princípios ou entre princípios e valores, se utilizará dos três sub-princípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para superar tal embate.

É latente na doutrina que os direitos fundamentais são passíveis de restrição, o que decorre, como visto, da necessidade de se compatibilizar direitos de diferentes interessados, sejam indivíduos ou coletividades.

Esta restrição a direitos fundamentais, pode se dar expressamente, caso em que a própria Constituição Federal restringe direito fundamental, ou autoriza que lei infraconstitucional restrinja direito fundamental (denominada reserva de lei restritiva)[10], ou em vista os denominados limites imanentes, ou seja, não havendo solução decorrente da Constituição Federal, será preciso que se verifique, no caso concreto, qual o princípio que deverá ceder, por ter menor peso, ao outro, de sorte que se mostra adequado o balanceamento, através da proporcionalidade (SHÄFER, *op. cit.*, p. 61-62).

É preciso concordar que toda decisão judicial possui uma carga pessoal, o que, por outro lado, não impede que haja racionalidade e respectivo controle, nem que as decisões sejam ilegítimas e injustificadas.

Neste ponto, é preciso lembrar que vários aspectos podem motivar uma decisão judicial, como pessoais, ideológicos, probatórios[11].

Por outro lado, a livre convicção do juiz deve ser fundamentada por expressa exigência constitucional.

Como salientou Alexy, o balanceamento tem rigor científico que possibilita concluir pela racionalidade da sua aplicação.

Não se pode desconsiderar que uma teoria pode ser, com o passar do tempo, após submetida a embates e análises, inclusive de casos concretos, aperfeiçoada, tanto que o próprio Alexy admite que o balanceamento está sujeito a questionamentos (2003, p. 134).

Por outro lado, constitui argumento contundente para a defesa do balanceamento as inúmeras situações em que o Poder Judiciário, na apreciação e julgamento de casos, utilizou-se da proporcionalidade, o que se verá a seguir.

---

[10] Exemplo de restrição dada diretamente pela Constituição Federal é a do art. 5º, inciso, IV, que prevê o direito fundamental da manifestação do pensamento, porém, vedado o anonimato. Exemplo de restrição autorizado pela Constituição Federal é a do art. 5º, inciso XIII, que prevê a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas, nos termos da lei, as qualificações profissionais. (nota do autor)

[11] Rui Portanova, em "Motivações ideológicas da sentença", leciona que existe, ao lado de um carga probatória, também motivações pessoais e ideológicas, defendendo, portanto, uma distinção entre fundamentação (pressuposto de validade da decisão) e motivação (aquilo que influencia no momento de decidir). (nota do autor)

## 4. Estudos de casos concretos à luz do princípio da proporcionalidade

Neste sub-item, pretende-se tratar sobre alguns casos concretos em que houve, por parte do Tribunal Superior do Trabalho, a invocação do princípio da proporcionalidade como parâmetro decisório.

Serão abordadas três decisões em que se discutiram, respectivamente, questões relativas à revista íntima do empregado, o acesso ao email pessoal do empregado e à aplicação da justa causa, sendo que, em todos os casos, houve a alusão ao princípio da proporcionalidade.

Neste ponto, se pretende apresentar algumas questões genéricas sobre cada um dos temas e, em seguida, se utilizar de decisões específicas para se concluir como o Tribunal Superior do Trabalho, nestes casos, aplicou o princípio da proporcionalidade.

### 4.1 A revista íntima do empregado

Através da Lei n. 9.799/1999, foi inserido na Consolidação das Leis do Trabalho o inciso VI ao art. 373-A, mediante o qual se vedou ao empregador ou preposto proceder revistas íntimas nas empregadas e funcionárias.

Tal dispositivo legal, embora inserido no capítulo destinado às mulheres, por interpretação extensiva, vem sendo estendido aos homens, em vista o caráter protetivo que se destina.

Por outro lado, não é demais salientar, como leciona DELGADO (2009, p. 589-597), que o empregador possui poderes no contrato de trabalho, especialmente o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder disciplinar.

Um dos reflexos do poder fiscalizatório consiste na possibilidade do empregador controlar não só as atividades desempenhadas pelo empregado na relação de emprego, como também, em vista o seu direito de propriedade, as ferramentas de trabalho, os produtos que fabrica ou comercializa, o patrimônio que possui.

Neste sentido, são admitidas medidas de controle de portaria, circuito interno de televisão, controle de jornada de trabalho, prestação de contas e outras medidas correlatas, notadamente visando assegurar o poder de fiscalização do empregador (DELGADO, *op. cit.*, p. 594).

O legislador, ao inserir a vedação da revista íntima do empregado, notadamente teve como propósito proteger o empregado contra a violação da sua intimidade e privacidade, além

de afastar abusos, por isso, o art. 373-A da CLT é reconhecido como um limite ao poder de fiscalização por parte do empregador.

Todavia, esta vedação de realização da revista é absoluta? Suspeitando o empregador que o seu empregado furtou um objeto da empresa, estaria impossibilitado de fazer a revista íntima no trabalho?

Inegável que, diante destas circunstâncias, haveria o conflito de direitos fundamentais, que seriam, de um lado, o direito de intimidade/privacidade do empregado e, de outro, o direito de propriedade do empregador, ambos, respectivamente, encontrados no art. 5º, incisos X e XXII, da Constituição Federal.

O primeiro problema que certamente influencia, ao menos em grande parte dos casos, é no que pertine à extensão do termo "revista íntima": seria apenas aquela feita na pessoa do empregado, como apalpar o seu corpo? Abrangeria, também, objetos contidos em uma sacola ou bolsa do empregado?

É possível verificar decisões divergentes, neste ponto, ora somente reconhecendo como revista íntima vedável a realizada na pessoa do empregado, ora também reconhecendo a verificação de objetos pessoais, como bolsas, sacolas, dentre outros.

O segundo problema consiste em saber se a vedação da revista íntima, de que trata o art. 373-A da CLT, é ou não absoluta.

É possível afirmar que a jurisprudência trabalhista também tem sido vacilante em, ora admitir, ora não, a vedação da revista íntima, sendo múltiplos os exemplos.

O Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 92640-95.2005.5.04.0006[12], decidiu que a revista íntima, de que trata a legislação trabalhista, não é absoluta, sendo, no tocante, relevante parâmetro de orientação o princípio da proporcionalidade.

Nos referidos autos, restou reconhecido o direito à indenização por danos morais, no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), visto que restou comprovado que era procedimento padrão do empregador apalpar os empregados, sendo que a prova testemunhal produzida pelo autor confirmou as alegações no sentido de que havia inclusive apalpação nas partes íntimas, conduta que extrapolaria os limites do poder fiscalizatório do empregador, ferindo a intimidade e a dignidade dos empregados.

[12] Decisão prolatada em abril/2010, que pode ser obtida junto ao endereço http://www.tst.jus.br/consulta-unificada, consultado em 22/07/2014.

Na aludida decisão, restou problematizado o conflito entre direitos fundamentais, notadamente entre o direito de privacidade/intimidade (do empregado) e o direito de propriedade (do empregador).

De se ressaltar que também ficou assentado que a revista íntima abrange tanto a revista pessoal, quanto a revista em sacolas, bolsas, armários, ou seja, nos pertences do empregado.

Por outro lado, a decisão evidencia que é possível realizar a revista íntima, em que pese a previsão legal, observados alguns pressupostos.

Neste sentido, salientou que o primeiro pressuposto diz respeito à exigência de que a revista íntima seja necessária ou, nos termos da doutrina italiana, seriamente "*consigliabili per la tutela del patrimonio aziendale*". A simples conveniência do empregador não justificaria, portanto a revista íntima.

É justamente neste ponto que invoca o julgador o princípio da proporcionalidade, no sentido de que é imprescindível, na análise da revista íntima, equilíbrio entre a medida aplicada e o fim a atingir-se: se o mesmo resultado puder ser obtido sem a revista, fica ela vedada.

O segundo pressuposto apontado na decisão se refere à necessidade de comunicar previamente o empregado sobre a possibilidade de realização da revista íntima: deve o empregado ser previamente avisado da possibilidade da revista, o que também entende ser imprescindível para o uso de equipamentos eletrônicos de fiscalização.

O terceiro pressuposto se refere à necessidade de que o procedimento de revista não tenha caráter discriminatório ou persecutório.

Portanto, a decisão ora tratada bem evidencia que o Tribunal Superior do Trabalho, ao menos ventilando a decisão em comento, concebe a revista íntima como uma vedação, porém, não absoluta.

Denota, ainda, que o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro decisório para resolver a antinomia de bens constitucionalmente garantidos, já que, como se vislumbra, se o empregador possui outros meios menos incisivos de controle/fiscalização, a revista não deve ser admitida.

A título de conclusão, não se pode desprezar os inúmeros instrumentos que podem assegurar ao empregador o poder de fiscalização, como câmaras, detectores de metais, proibição de acesso a certos setores com bolsas e similares, dentre outros, de sorte que a revista íntima, de fato, deve ser admitida apenas como medida excepcional.

Não se pode desconsiderar que isso fica ainda mais latente quando é sabido que existem certos estabelecimentos comerciais com reduzidíssima capacidade

econômica/financeira para tomar medidas de precaução, tais como estas citadas, ocasião em que, em um caso de flagrante, não me parece incompatível realizar a aludida medida.

É pertinente salientar, ainda, que a realização da revista íntima, fora destas hipóteses excepcionais, tem sido considerada abusiva, de sorte que os tribunais trabalhistas têm deferido o pedido de indenização por danos morais, motivo pelo qual é recomendável aos empregadores evitar a utilização da referida medida[13].

## 4.2 E-mail corporativo e direito à intimidade

Outra questão que também merece análise, sob a ótica da proporcionalidade, envolve o uso de e-mail pelo empregado, durante o horário de trabalho, para fins particulares, visto que, de um lado, pode-se invocar o direito de privacidade/intimidade do empregado e, de outro, o direito de propriedade do empregador, o que envolve o poder regulamentar, fiscalizatório e, até mesmo, punitivo.

Os avanços tecnológicos possibilitaram novas situações no ambiente de trabalho, sendo que, nem sempre, as ferramentas tecnológicas são utilizadas para fins corporativos, como ocorre com o uso do e-mail, do acesso a determinados sites, dentre outros.

Como já salientado, o empregador, enquanto proprietário dos bens, possui alguns poderes no contrato de trabalho, sendo que, no caso do uso de e-mail e da internet (acesso a determinados sites), é possível debater o poder de fiscalização do empregador (consistente em averiguar e-mails enviados/recebidos e os sites que são acessados) e o poder regulamentar e disciplinar (consistente na possibilidade do empregador impor limites e até vedações quanto à utilização de e-mails e acesso a sites para outros fins que não ligados ao trabalho e, por consectário, impor punições a quem as descumpre).

Neste ponto, é notório que a utilização de e-mail e o acesso a sites pode envolver a questão relativa à intimidade/privacidade de uma pessoa, o que robustece o previsto no art. 5º, inciso X e XII, da Constituição Federal.

Por outro lado, o empregador, como salientado, detém o direito de propriedade, sendo que, por decorrência da subordinação jurídica do empregado, de que trata o art. 3º da CLT, possui também o poder regulamentar, de direção e disciplinar.

---

[13] Neste sentido, podem ser citadas, exemplificativamente, os seguintes acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: 0000047-72.2012.5.04.0662 (RO), 0000333-48.2012.5.04.0016 (RO) e 0000650-05.2010.5.04.0020 (RO) - disponíveis em http://www.trt4.jus.br (acessado em 24/07/2014)

O debate sobre a utilização de e-mail pelo empregado para fins particulares e o acesso a sites não destinados ao trabalho, durante o horário de trabalho, tem sido enfrentado pelos tribunais trabalhistas, especialmente no que respeita aos questionamentos sobre o cometimento de justa causa pelo empregado e indenizações por danos morais decorrentes da violação da intimidade/privacidade.

O Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1649/2001-001-03-00.7[14], decidiu que o uso de e-mail corporativo para fins de envio de material pornográfico não constitui violação do princípio da intimidade/privacidade, sendo, no tocante, relevante parâmetro de orientação o princípio da proporcionalidade.

Tratou-se de um caso em que o empregado, utilizando-se de e-mail corporativo da empresa, remeteu material pornográfico para outros colegas, sendo que o aludido e-mail era monitorado pelo empregador.

Foi robustecido, na aludida decisão, o fato da empresa disponibilizar o e-mail para o trabalho, tendo, neste ponto, tomado as cautelas de regulamentar a utilização do e-mail, de sorte que se concluiu que não se trata de ingerência à vida privada do empregado, mas, sim, de desrespeito à norma interna da empresa que, expressamente, proíbe o uso de correio eletrônico corporativo para divulgar material pornográfico.

Não se desconsiderou que o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas.

Por outro lado, se entendeu que a concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências, tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho.

Portanto, neste caso, o e-mail corporativo foi considerado instrumento de trabalho que devia ser utilizado com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa.

Por isso, concluiu-se, que o empregado precisa zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada, respeitando os fins para que se destinam. Caso o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se

[14] Decisão prolatada em novembro/2008, que pode ser obtida junto ao endereço http://www.tst.jus.br/consulta-unificada, consultado em 22/07/2014.

trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa.

O que se percebe é que o uso de e-mails para fins particulares envolve, especialmente, a necessidade de regulamentação por parte do empregador, visto que, uma vez impondo limites, mediante regras, não ensejará, em tese, violação ao direito de intimidade/privacidade do empregado.

Não se desconhece que o uso da informática, durante o horário de trabalho, se presume feita para o trabalho, visto que, nesta ocasião, o empregado deve estar trabalhando efetivamente ou à disposição do seu empregador.

Por outro lado, ao não impor limites ao uso de tais tecnologias, pode se presumir que o empregador autorizou tacitamente o uso do e-mail para fins particulares, especialmente em momentos em que não há trabalho efetivo e, portanto, o empregado está somente à disposição, no aguardo para ser chamado a prestar serviço.

Não se despreza, ademais, que, em se tratando de patrimônio do empregador, o computador e, portanto, o uso de e-mail corporativo e o acesso a sites, pode ser limitado pelo empregador, mediante regulamentação.

É crucial, neste ponto, que o empregador regulamente o uso de e-mails e o acesso a sites, divulgando amplamente aos seus empregados tais proibições, e, se possível, instrumentalizando esta comunicação.

Observado o regramento sobre o uso de e-mail e acesso a sites, isto possibilita que o empregador possa, inclusive, fiscalizar a conduta do empregado, especialmente através de monitoramento de e-mails e sites.

Havendo descumprimento por parte do empregado, surge para o empregador o poder disciplinar, consistente na imposição de sanções ao empregado faltante, o que costuma ser feito mediante advertências, suspensões e, até mesmo, a rescisão por justa causa.

A título de conclusão, constata-se, mais uma vez, a antinomia entre direitos fundamentais, sendo que o balanceamento surge como método de solução, em vista a bens de peso constitucionalmente similares.

### 4.3 A justa causa e a proporcionalidade

O contrato de trabalho, mantido entre empregado e empregador, nasce, executa-se e é extinto.[15]

Dentre as causas de rescisão do contrato de trabalho, são comumente citados o pedido de demissão, a rescisão indireta, a aposentadoria, a despedida sem justa causa, o advento do termo, a força maior, a morte, a extinção da empresa, o fato do príncipe, o mútuo consentimento e a justa causa (MARTINS, 2012, p. 380).

A despedida do empregado por justa causa ocorre naqueles casos em que o empregado comete uma falta grave, devidamente elencada em lei, que oportuniza ao empregador romper o contrato de trabalho. Nos casos de justa causa, o empregado somente receberá alguns direitos trabalhistas (saldo de salário, férias vencidas, 13º salário proporcional[16]), deixando de perceber outros (saque do FGTS, multa de 40% sobre o FGTS, seguro-desemprego, aviso prévio, férias proporcionais).

Por se tratar de uma medida excepcional (a regra é que o contrato de trabalho é extinto sem justa causa, por iniciativa do empregador, especialmente em vista o princípio da continuidade, que vigora no Direito do Trabalho)[17], a despedida por justa causa somente é admitida pela doutrina e jurisprudência trabalhista desde que presentes alguns requisitos.

MARTINS (*op. cit.*, p. 384-385) indica elementos objetivos e subjetivos que devem ser observados no reconhecimento da despedida por justo motivo.

Os elementos subjetivos dizem respeito à análise da vontade do empregado (se agiu com dolo ou culpa; se teve intenção), a personalidade do agente, seus antecedentes, o grau de instrução, a motivação, dentre outros (MARTINS, *op. cit.*, p. 384).

Os elementos objetivos são também vários.

O primeiro diz respeito à necessidade de previsão em lei de falta passível de caracterizar justa causa. No caso da Consolidação das Leis do Trabalho, o principal dispositivo é o art. 482, que prevê as seguintes faltas capazes de ensejar uma justa causa: o ato de improbidade, a incontinência de conduta, o mau procedimento, a negociação habitual, a condenação criminal, a desídia, a embriaguez, a violação do segredo da empresa, a indisciplina, a insubordinação, o abandono de emprego, o ato lesivo à hora e boa fama, a ofensa física, a prática de jogos de azar, os atos atentatórios à segurança nacional.

---

[15] Existem, ainda, as hipóteses de interrupção e suspensão do contrato de trabalho. (nota do autor)

[16] Há divergências sobre o cabimento do 13º salário proporcional.

[17] DELGADO salienta que é interesse no Direito do Trabalho a permanência da relação de emprego, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais, por isso, certas presunções foram reconhecidas pela jurisprudência, como a presunção de que o contrato foi rompido pelo empregador, sem justo motivo. (2009, p. 193-195)

O segundo elemento é a gravidade do ato praticado: a falta deve ser grave o suficiente a quebrar a fidúcia entre empregado e empregador.

O terceiro é o nexo de causalidade entre a falta praticada e a dispensa.

O quarto requisito é a proporcionalidade entre a falta e a punição. Neste sentido, o poder de aplicar punições, conferido ao empregador, não permite que o empregador possa abusar ou agir arbitrariamente, por isso, faltas mais leves devem ser punidas com penas mais leves, enquanto faltas mais graves devem ser punidas com penas mais graves.

O quinto requisito é a imediação na aplicação da sanção, no sentido de que o empregador, logo que tomar conhecimento da falta, deve tomar as devidas providências, sob pena de se entender que houve perdão tácito da falta cometida.

O sexto elemento objetivo é a impossibilidade do empregador, uma vez já ter punido o empregado, aplicar, para esta mesma falta, uma nova sanção (não se admite *bis in idem*).

Salientado os principais requisitos que envolvem uma despedida por justo motivo, é preciso salientar que várias são as decisões judiciais, nos Tribunais Trabalhistas, que, em analisando a despedida por justo motivo do empregado, tem indicado como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

Neste ponto, o Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Recurso de Revista n. 863/2002-115-15-00.2[18], invocando o princípio constitucional da proporcionalidade, entendeu indevida a justa causa aplicada pelo empregador em vista a falta praticada pelo empregado, consistente em paralisar o trabalho por um dia, muito embora a determinação do empregador exigindo o retorno ao trabalho.

No referido acórdão, foi ressaltado que a proporcionalidade é um princípio constitucional com força normativa e, em vista disso, incide não só na atividade jurisdicional, como também no exercício regular do direito pelos jurisdicionados.

Foi destacado que não houve proporcionalidade entre a falta e a punição, visto que o empregado teria paralisado suas atividades por apenas um dia para reivindicar, junto com outros colegas, melhoria salarial. Em face da reivindicação, o empregador, sem manifestar-se a respeito, teria determinado o retorno às atividades, tendo, no entanto, continuado o empregado, com seus pares, aguardando resposta do empregador que, em vista disso, decidiu dispensá-la por justa causa, por entender configurado ato de insubordinação.

O Tribunal não vislumbrou, na hipótese, insubordinação que ensejasse motivo justo para a dispensa do empregado. Verificou, na realidade, abuso no direito potestativo do

[18] Decisão prolatada em abril/2008, que pode ser obtida junto ao endereço http://www.tst.jus.br/consulta-unificada, consultado em 23/07/2014.

empregador de disciplinar seus empregados, porquanto desproporcional a sanção aplicada em decorrência do ato cometido.

Ficou latente, no julgamento, a ideia de que a autoridade de que dispõe o empregador na gestão da empresa e no controle dos serviços prestados por seus empregados não pode suplantar a obrigação de agir com moderação e respeito a seus subordinados.

Por isso, conclui ser precipitada, porquanto desproporcional, a conduta da empresa, em despedir por justa causa, empregado que ficou aguardando resposta a reivindicação, de forma pacífica e diplomática, de melhoria salarial.

No caso ora destacado, se percebe claramente que a invocação do princípio da proporcionalidade se amolda a necessidade de adequação entre a falta cometida e as penas que dispõe o empregador para punir empregado faltoso.

Resta evidente, não só na decisão em destaque, como também no entendimento doutrinário, que a aplicação da justa causa envolve a análise de vários e complexos elementos, de sorte que a proporcionalidade é instrumento importante na ponderação entre a proteção do trabalho (conferida ao empregado) e o direito disciplinar (do empregador).

## CONCLUSÃO

A Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, parte da necessidade da distinção entre regras e princípios, reconhecendo que ambos são normas jurídicas.

Esta distinção entre regras e princípios é de fundamental importância para, dentre outras, desenvolver uma teoria de restrições a direitos fundamentais.

As restrições a direitos fundamentais podem ser feitas mediante a interferência legislativa (a própria Constituição Federal apresenta a restrição ou autoriza que a restrição seja feita por lei infraconstitucional) ou em vista os limites imanentes, ocasião em que o balanceamento, defendido por Robert Alexy, se mostra uma alternativa viável para a solução de conflitos entre bens igualmente constitucionais.

A restrição a direitos fundamentais tem como uma das suas justificativas a necessidade de compatibilizar direitos de diferentes indivíduos, havendo um consenso razoável de que direitos fundamentais não são absolutos.

As objeções apresentadas por Jurgen Habermas, ao balanceamento, são importantes, pois oportunizam que se tenha o cuidado de não se invocar o princípio da proporcionalidade para objetivos arbitrários e irracionais.

Por outro lado, em que pese se possa advogar que o balanceamento possa ser aprimorado e, portanto, que trata-se de um método ainda incompleto, não se mostra adequado desmerecer a teorização apresentada por Robert Alexy, já que a proporcionalidade pode trilhar caminhos racionais e justificados em vista a solução de antinomias entre princípios ou entre princípios e valores.

A exigência constitucional de que as decisões devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da Constituição Federal) constitui garantia para que a proporcionalidade não deságüe na discricionariedade e no subjetivismo.

Se isso não bastasse, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, têm defendido que a proporcionalidade constitui método e princípio para superação de antinomias.

O Tribunal Superior do Trabalho tem invocado a proporcionalidade para apreciação e julgamento de questões vinculadas à relação de emprego.

Neste sentido, nos casos de revista íntima do empregado, da utilização do e-mail corporativo para fins particulares e na imputação de justa causa, foi possível perceber que a proporcionalidade foi utilizada como parâmetro para definir as antinomias de princípios ou entre princípios e valores constitucionais, o que fortalece a assertiva de que a proporcionalidade constitui princípio e método valioso.

Portanto, entendemos que o debate sobre a proporcionalidade é um debate ainda inacabado, enriquecido pelos fatos da vida, e, por isso, as críticas que são apresentadas oportunizam que sejam rebatidos os argumentos contrários ou possibilitado que a teoria seja aprimorada.

Por outro lado, não se mostra adequado desmerecer a construção teórica feita sobre a proporcionalidade, já que, como visto, tem elementos racionais e justificados que permitem amparar a sua aplicação, especialmente nas causas julgadas pelo Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003. p. 131-140

_____. **Teoria do Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade:** estudos de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALOMÃO, Saulo Salvador. **A proporcionalidade em Alexy:** superando o positivismo ou coroando o decisionismo? Revista Faculdade Direito Sul de Minas. Pouso Alegre. v. 28. n. 2: 47-68, jul/dez 2012

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais:** proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.