

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO, SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY

RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONSHIPS, FROM THE PERSPECTIVE OF ROBERT ALEXY

Tiago Brasil Pita¹

Resumo

O presente artigo se destina a analisar os diversos tipos de restrições aos direitos fundamentais no ambiente de trabalho, utilizando como pressuposto teórico a ponderação entre princípios e regras proposta por Robert Alexy. A abordagem metodológica é baseada em revisão de literatura, com análise descritiva dos conceitos. Conclui-se que há casos em que o juiz não trabalhará com o princípio da proporcionalidade e sim também fará o sopesamento, isto é, no caso concreto, reconhecerá qual princípio terá maior peso.

Palavras-chave: Restrições aos direitos fundamentais; Robert Alexy; relações de emprego

Abstract

This paper aims to analyze the various types of restrictions on fundamental rights in the workplace, using as a theoretical premise the weighing of principles and rules proposed by Robert Alexy.

1. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais pelo Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Empresarial pela UNINOVE-SP

The methodological approach is based on a literature review, with a descriptive analysis of the concepts. The conclusion is that there are cases in which the judge will not work with the principle of proportionality but will also make a balance, i.e. in the specific case, recognize which principle will have greater weight.

Keywords: *Restrictions on fundamental rights; Robert Alexy; employment relations*

Introdução

Objetivo desse artigo é explorar os diversos tipos de restrições no âmbito juslaboral, analisando a jurisprudência brasileira sobre a matéria. A preocupação central é estabelecer premissas conceituais, como as definições de norma, regra, princípios e conteúdo essencial, que, num primeiro momento, poderiam ser despidiendas na análise de um intérprete inadvertido, que possibilitem alicerçar as teorias das restrições (interna e externa) a fim de alcançar a definibilidade de conflitos que envolvam o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Esta preocupação se justifica pela convicção de que somente conceitos jurídicos precisos e procedimentos racionais de argumentação e alegação concitem que a atividade hermenêutica jurídica e o controle de constitucionalidade das leis cumpram as exigências que são inerentes ao Estado democrático de Direito, sem o que o exercício da jurisdição constitucional poderia quedar-se apenas no exercício retórico e arbitrário de poder de uma minoria. Este artigo abraça a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como pressuposto teórico da possibilidade de restrições de direito fundamental, adotando a diferença entre regras e princípios como sustentáculo.

1. Regras e princípios

As normas de direitos fundamentais são tratadas como “princípios” por parte da doutrina quando as denominam de objetivos (Peter Häberle), fórmulas abreviadas (Hans Huber) ou regras sobre ônus argumentativo (Bernhard Schlink), como também pelo Tribunal Constitucional alemão, quando as chamam de objetivos (Alexy,

2008. p. 86). Este tribunal foi o primeiro a desenvolver, no âmbito de suas decisões, uma base sólida da teoria dos direitos fundamentais. Isso se deu pois a Alemanha, na fase nazista, fundamentou muitos de seus atos no império na lei em sentido estrito em detrimento das normas de direitos fundamentais; daí a necessidade da criação de um sistema sólido de garantia de direitos fundamentais, para que não se repetissem as atrocidades decorrentes do sistema nazista que a Alemanha tanto se envergonha. Também pelo fato do sistema jurídico alemão possuir o chamado recurso de amparo. Este recurso permite a todo cidadão se socorrer diretamente do Tribunal Constitucional alemão quando tiver, no seu entender, um direito fundamental violado.

Dentre os diferentes critérios de distinção entre regras e princípios se destaca o da generalidade². Para este critério, as regras seriam normas de baixa generalidade, enquanto os princípios seriam regras de alta generalidade. Para os fins desse artigo, a norma que garantisse liberdade de crença a todos os empregados seria uma norma de grau de generalidade relativamente alto, enquanto uma norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença (Alexy, 2008. p. 87) ou, para os fins deste trabalho, a liberdade de associação a todos os empregados seria uma norma de grau relativamente baixo de generalidade.

Para a teoria dos princípios, desenvolvida por Robert Alexy, as normas jurídicas são divididas em regras e princípios. As regras garantem ou impõe direitos definitivos, ou seja, se a norma (regra) se enquadrar na hipótese fática, será aplicada. Aqui falamos em subsunção da regra ao caso concreto. Por outro lado, os princípios, que também são normas, na definição de Alexy, são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, ou seja, se as condições fáticas – medidas adequadas e necessárias para a realização do princípio em questão – e jurídicas – aqui entra a ideia de colisões de princípios – permitirem.

As regras são determinações no âmbito do que é fática e materialmente possível. As regras são do tipo tudo ou nada, ou seja,

2. Vale destacar que há outros critérios tradicionais de diferenciação entre normas, mas por não ser objeto deste trabalho, não aprofundaremos o tema.

vale ou não vale, nas palavras de Alexy: “...as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. (Alexy, 2008. p. 91)

Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas – as possibilidades jurídicas – são determinadas pelos princípios e regras colidentes.

Alexy diferencia as nomenclaturas colisão e conflito quando uma norma, seja ela princípio ou regra, respectivamente, se isoladamente aplicada, levaria a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever jurídico contraditórios.

Para a resolução de colisões entre princípios e conflitos entre regras, Alexy propôs a seguinte solução: quando houver conflito entre regras, a solução será do tudo ou nada, ou seja, ou prevalecerá uma ou outra regra, salvo se for introduzida uma cláusula de exceção ou no caso mais extremo uma das regras for considerada inválida, utilizando as regras de conflitos entre leis: *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.

Utilizarei o exemplo prático proposto pelo mestre alemão para facilitar a compreensão da temática, adaptado para o âmbito juslaboral. Há uma lei que determina que os empregados somente podem sair do local de trabalho após o toque do sinal e outra que determine que os empregados devem deixar o local de trabalho caso o alarme de incêndio soe. Ora, as regras são contraditórias entre si, e por isso, deve ser inserida uma cláusula de exceção: os empregados somente podem sair do local de trabalho após o toque do sinal, salvo se o alarme de incêndio soar.

Se não for possível a inserção da cláusula de exceção, naturalmente, uma das normas, utilizando os critérios de prevalência, será expurgada do ordenamento jurídico. “Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. (Alexy, 2008. p. 93)

O conflito entre princípios revolve-se utilizando a técnica da ponderação, ou seja, um princípio não invalida o outro. Na ponderação do caso concreto entre dois princípios, um será restringido para que o outro seja aplicado. Seria o caso do conflito entre os

princípios da propriedade privada do empregador e o princípio da privacidade do empregado nos casos de violação de e-mail corporativo pelo empregador.

Assim, no caso concreto, caso desse prevalência a um em detrimento do outro, qualquer deles não teria invalidado o outro. Surge dois exemplos para facilitar a compreensão: a) o empregador deixa bem claro a todos os funcionários, que, inclusive, assinam o termo de ciência, informando que o e-mail corporativo, aquele de propriedade da empresa, somente poderia ser utilizado para fins institucionais e que, para isto, o setor de informática daquela empresa poderia vasculhar seus e-mails. Sob essas premissas, entendemos que o princípio da privacidade teria que ceder em prol do princípio da propriedade privada. Então, sob estas condições sempre haveria prevalência do princípio da propriedade privada em detrimento do princípio da privacidade; b) o empregador nunca informou aos seus funcionários sobre eventual verificação do conteúdo dos e-mails corporativos e, tacitamente, sempre deixou que estes mesmos funcionários utilizassem e-mail da empresa para assuntos particulares. Aqui, haveria violação ao princípio da privacidade do empregado. Assim, o princípio da propriedade privada cederia em prol do princípio da privacidade. Portanto, sob estas condições, sempre o princípio da privacidade concretizaria sua tendência expansiva. Portanto, tudo dependerá das condições do caso concreto, *rectius*, das “relações condicionadas de precedência”. (Silva, 2009, p. 50).

Na “colisão” entre regras e princípios, em resposta rápida, teríamos duas possibilidades. A primeira seria fazer um sopesamento para saber qual deveria prevalecer, mas não há sustentáculo jurídico para isso na medida em que sopesamentos só valem para princípios e, se afastarmos a aplicação de uma regra, retiramos a sua validade, o que parece não ocorrer quando há a lei da colisão. A segunda solução seria aceitar a solução no plano da validade. Assim, um princípio perderia sua validade caso cedesse em favor de uma regra. Ora, isso não é aceitável, pois quando um princípio cede em favor de outro não perde sua validade. A solução para o problema, segundo Alexy, seria colocar frente a frente o princípio em causa e o princípio que serviu de base para a criação da regra

e definir qual terá maior peso (Alexy, 2008, p. 90).

Uma crítica que paira sobre essa solução seria que o aplicador do direito poderia decidir da maneira que melhor lhe aprouvesse em detrimento do legislador democrático, trazendo insegurança jurídica na medida que afasta a aplicação de uma regra. Ocorre que, não podemos olvidar que o juiz também foi acolá colocado democraticamente para decidir os casos da vida. E mais, o legislador não pode prever todas os conflitos que os bens da vida podem apresentar, daí a necessidade do Judiciário buscar salvaguardar estes direitos fundamentais que não foram e nem poderiam ser previstos pelo legislador. Voltemos, o que há aqui na realidade não é uma “colisão” entre o princípio e a regra, o que há, na realidade, é uma restrição ao direito fundamental exercido pela regra. Foi a opção do legislador, portanto, aplicar-se-á por subsunção.

2. Núcleo essencial

A primeira Constituição a prever a defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais foi a Constituição alemã de Weimar, em seu artigo 19, 2: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”. A Constituição portuguesa, influenciada pela Constituição alemã, menciona no artigo 18, 3, que: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A constituição espanhola em seu artigo 53, I, também expressa essa garantia: “Somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades”. Importante ressaltar que na época da Constituição de Weimar imperava na doutrina e jurisprudência a certeza que as normas de direitos fundamentais somente possuíam carácter programático, ou seja, somente a lei em sentido estrito poderia estabelecer os contornos definitivos do alcance de uma norma de direito fundamental.

Neste sentido, assevera Jorge Reis Novais (2003. p. 779): Daí resultava uma remissão implícita do preenchimento substan-

cial dos direitos fundamentais para a lei ordinária, pelo que, em Weimar, o apelo à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais constituía uma tentativa de limitar, de algum modo, a margem de que dispunha o legislador democrático”.

Durante a Constituição de Weimar, os direitos fundamentais não foram protegidos de forma essencial, pois o legislador somente tinha limites aos limites quando o próprio direito perdesse sentido, já que a restrição desnudaria o próprio direito. Com as Constituições do pós-guerra, especialmente a Constituição de Born, os direitos fundamentais apresentaram uma posição de destaque, mormente com a preocupação de não restrição desses direitos além do seu conteúdo essencial. O núcleo essencial traduz “o limite dos limites” dos direitos fundamentais, barreira que o legislador, em especial, Estado-Juiz, administrador e demais particulares não podem romper.

Vale destacar desde logo para evitar confusões terminológicas e até mesmo para que não mencionem, como alguns autores, a desnecessidade de se estabelecer o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que isso decorreria do próprio princípio da supremacia da constituição e do significado dos direitos fundamentais ante as constituições rígidas, que quando as Constituição portuguesa e alemã expressamente tratam da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais não estão tratando de possíveis reformas constitucionais que possam modificar estes direitos. Isso é tarefa das denominadas “cláusulas pétreas”. (Silva, 2009, p. 24).

O principal destinatário das normas que expressam os limites aos limites dos direitos fundamentais é o legislador, pois este deve concretizar estes mesmos direitos com observância dos limites impostos pelo conteúdo essencial.

Foi durante esse período que a doutrina, preocupada em estabelecer o alcance e conteúdo do núcleo essencial, criou quatro correntes com o objetivo de tentar esclarecer estas dúvidas. As correntes criadas foram a objetiva, a subjetiva, a absoluta e a relativa. A teoria relativa defende a perspectiva que o núcleo essencial seja plástico, ou seja, sem forma definida *a priori*, somente após a ponderação e das condições fáticas é possível determinar o núcleo essencial, podendo variar de caso para caso, dependendo dos direi-

tos e sobretudo das situações fáticas albergadas em cada situação.

A teoria relativa não procura estudar a intensidade ou gravidade da lesão ao direito fundamental, mas sim se a restrição foi proporcional ou não para a consecução do bem objeto desta restrição. Se a restrição foi além do estritamente necessário para a consecução do objetivo que o bem da vida almeja, estará fadada à inconstitucionalidade.

Assim, o que se procura é a observância do princípio da proporcionalidade – *rectius*: princípio da proibição do excesso -, independentemente do que restou do direito fundamental objeto da restrição, incidindo a análise do controle de constitucionalidade apenas no aspecto do excesso ou da desproporção do bem que fundamenta e justifica a restrição. Portanto, para a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais o intérprete estará às vezes diante de casos em que o direito fundamental foi totalmente restringido, ou seja, que nada reste deste direito. Por exemplo, quando se proíbe um jogador de futebol de sair da concentração antes das partidas está restringindo total ou quase totalmente seu direito ao lazer e ao convívio familiar.

Conclui, Jorge Reis Novais (2003, p. 780): “(...) que, para a teoria relativa, a garantia do conteúdo essencial se identifica com o princípio da proibição do excesso num quadro de ponderação de bens”.

Portanto, para esta corrente doutrinária, haveria violação ao núcleo essencial do direito fundamental, se o bem perseguido pela restrição fosse, numa ponderação de bens, menos valioso que o bem objeto desta restrição. A ideia de concordância prática desenvolvida por Konrad Hesse está intimamente ligada à ideia da teoria relativa de restrição ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A crítica que se faz à teoria interna é que em uma restrição superficial poderia violar um direito fundamental, basta que não tenha justificação suficiente para a restrição, assim como uma restrição profunda poderia não afetar o direito fundamental, desde que os outros princípios envolvidos fossem “mais importantes”. Resumindo: uma restrição, desde que “proporcional” poderia até mesmo aniquilar um direito fundamental, ou seja, afetar o próprio núcleo essencial.

Já para a teoria absoluta, pouco importa se a restrição é proporcional ou não. Aqui o que se considera fundamental é estabelecer qual seria o núcleo essencial numa perspectiva espacial.

Com maestria ímpar, e por isso sua transcrição literal, Jorge Miranda sintetiza matéria nuclear: Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.

Utilizando-se a fruta pequi – fruta amarela que possui pequenos espinhos em seu núcleo após a raspagem da camada superficial – como analogia, não no sentido jurídico da palavra – teríamos que o direito fundamental poderia ser restringido até o ponto que chegássemos aos espinhos, pouco importando se a restrição fosse justificável ou não após aquele ponto.

A crítica feita à teoria absoluta é a que não seria possível, pelo menos de uma forma verdadeiramente objetiva, determinar qual seria o conteúdo do núcleo essencial, quando a garantia do conteúdo essencial fosse violada. E mais, mesmo que isso fosse possível, os multicomplexos casos da vida necessitam, em algum momento do sacrifício integral, de um direito fundamental em detrimento de outro.

Após a análise do binário teorias absoluta e relativa, temos de seguir na análise de outra dupla: teoria subjetiva e teoria objetiva.

A teoria subjetiva analisa a concepção da restrição de direitos fundamentais de forma individualizada e fundamenta esta concepção na “vocação última dos direitos fundamentais em Estado de Direito, isto é, a proteção da esfera de autonomia e de autodeterminação pessoal dos cidadãos face ao Estado” (Novais, 2003, p. 744). Portanto, analisa a situação individualmente e não a afetação a todos os indivíduos.

Desde logo, vale mencionar que a teoria subjetiva, ante a realidade dos Estados democráticos de Direito modernos, não tem como prosperar, pois, institutos que aceitamos pacificamente como naturais não poderiam perdurar, já que aniquilam direitos fundamentais individuais irremediavelmente, como por exemplo, a condenação de

indivíduo a pena privativa de liberdade de modo perpétuo.

A teoria objetiva, por sua vez, analisa a problemática de forma geral para a totalidade dos cidadãos ou para boa parte deles, sem se preocupar com os reflexos, que eventual restrição, teria no âmbito individual. Portanto, o que importa é a preservação do conteúdo institucional do direito fundamental, ou seja, "(...) proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado (...)" (Silva, 2009. p.185).

Os defensores da teoria objetiva sustentam que esta, em certa medida, também albergaria as posições doutrinárias da teoria subjetiva, pois o cidadão individualmente considerado também estaria protegido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da proporcionalidade (proibição do excesso).

Uma crítica que paira sobre a teoria objetiva, na visão de Virgílio Afonso da Silva (2009), é que a proteção do conteúdo essencial para a teoria objetiva não traria nenhuma vantagem protetiva além daquela já feita pelas cláusulas pétreas.

Após a análise das diferentes teorias que buscam explicar o núcleo essencial de um direito fundamental, resta a certeza da dificuldade de se afirmar objetivamente qual seria o núcleo essencial de um direito fundamental. As teorias foram importantes no momento que o mundo passava pelo pós-guerra e que os "limites aos limites" dos direitos fundamentais eram realmente muito importantes, não que atualmente não sejam, para evitar as atrocidades vivenciadas pelo nazismo, com base na lei. Mesmo nos casos em que o legislador democrático estava autorizado a restringir um direito fundamental pela reserva de lei, também estava limitado ao conteúdo essencial desse mesmo direito fundamental, sob pena de esvaziá-lo na sua essência. Nas palavras de Reis Novais: "Qualquer que fosse o preenchimento que a garantia viesse posteriormente a obter, ela significava então, necessariamente, vinculação e subordinação do legislador democrático face aos direitos fundamentais, com o correspondente condicionamento material e controle judicial das restrições que aí se verificassem, mesmo quando previstas e expressamente autorizadas". (Novais, 2003, p. 786)

Contudo, as teorias sobre o núcleo essencial dos direitos

fundamentais perderam força, de forma proporcional, à crescente importância do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana podem resolver os casos de colisão entre os diversos princípios, valores e interesses igualmente fundamentais, sem que seja necessário recorrer à inconstitucionalidade dessa restrição com fundamento em violação do conteúdo essencial do direito. Porém, se formos analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a ótica das teorias absoluta e subjetiva, verificaremos que em diversos casos haveria afetação direta ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Seria, por exemplo, se aplicássemos as teorias absoluta e subjetiva, no caso de inconstitucionalidade da restrição que obriga as funcionárias de uma fábrica de pedras preciosas a guardarem suas bolsas em um armário, já que afetaria seu direito fundamental de liberdade. Enfim, devemos aplicar as teorias com *granus salis*, sempre tendo como norte o princípio da proporcionalidade, sem se olvidar do princípio mestre da dignidade da pessoa humana.

Aliás, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Alexy, pondera que este princípio seria ao mesmo tempo uma regra e um princípio. A parte regra teria um conteúdo essencial absoluto. É o que ocorre também com a regras de vedação da tortura e tratamento degradante (artigo 5, III, da CF/1988), que não permitem relativizações. Já a parte princípio poderia sofrer as ponderações em seu conteúdo essencial como qualquer outro princípio. (Silva, 2009).

Dada a dificuldade de obtenção do conteúdo essencial de um direito fundamental, chegaremos ao ponto de declarar a inconstitucionalidade de uma norma restritiva quando ela retirar totalmente o alcance e eficácia da norma restringida. Se isso ocorrer, seja norma constitucional de direito fundamental seja qualquer outra norma constitucional, que sofra a restrição, a norma afetadora será declarada inconstitucional. E isso verifica-se pelo simples fato da Constituição estar no ápice da pirâmide kelseniana, por si. Portanto, a norma de direito fundamental poderia, no limite, sofrer uma restrição pelo poder constituído enquanto uma norma constitucional sem essa qualidade não poderia ser nem muito ou

pouco contrariada, sob pena de inconstitucionalidade da norma conflitante. Seria o enfraquecimento da lógica de proteção qualificada dos direitos fundamentais. Mas argumentariam: essa seria a própria lógica do sistema alexiano de divisão de normas em regras e princípios. Daí sairíamos do campo da teoria absoluta para quedar-nos apenas do âmbito da teoria relativa (Novais, 2003. p. 792). A forma de adequar as duas teorias, absoluta e relativa, seria partir da premissa alexiana de que há normas-regras e normas-princípios de direitos fundamentais.

As decisões do Supremos Tribunais, no caso brasileiro, quando invocam o conteúdo essencial de direito fundamental, não definem exatamente o alcance desse conteúdo de forma a fornecer a segurança jurídica necessária. O que na realidade ocorre é a utilização do princípio da proporcionalidade como elemento protagonista e o conteúdo essencial apenas como coadjuvante dessa problemática. Há casos de adoção indiferenciada das teorias absoluta e relativa.

Foi o que ocorreu num dos casos mais importantes já julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), o caso *Ellwanger*. Vale transcrever o trecho que aponta esse protagonismo: “(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e *sob uma perspectiva axiológicas concreta*, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal com adverte o magistério da doutrina”.

Por fim, o âmbito de atuação do Supremo Tribunal seria o de verificar até que ponto o Poder Constituinte autorizou o legislador a restringir determinado direito fundamental. Se ultrapassar esse limite, será declarada a inconstitucionalidade da norma. Nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) ao Tribunal Constitucional competiria apenas verificar em que medida o espaço de livre conformação política não teria sido abusado por facto de eventual violação do conteúdo mínimo do direito fundamental constitucionalmente assegurado pela garantia do conteúdo essencial”. (Novais, 2003. p. 798)

3. Restrições a direitos fundamentais

Há duas teorias ligadas a possibilidades de restrição ou limitação dos direitos fundamentais. Na França, estas teorias foram objeto de debates, tendo em um lado Planoil e Ripert e, de outro, Josserand.

As chamadas teoria externa e a teoria interna eram tratadas no Direito Civil, especificamente no campo do abuso de direito. Aqui, para a teoria interna haveria abuso de direito quando o direito não fosse exercido dentro de seus limites imanentes. Portanto, uma lei (elemento externo) não poderia limitar esse direito, pois seria inconstitucional.

Jorge Reis Novais entende que a teoria dos direitos fundamentais como princípios, concebida por Robert Alexy, não está enquadrada no âmbito da teoria interna sequer no âmbito da teoria externa, como defendem alguns doutrinadores. O próprio Alexy entende que sua teoria está enquadrada no âmbito da teoria externa, mas, para o citado professor, ele somente usou dessa estratégia, ou seja, enquadrar sua teoria como se externa fosse, pois imaginou que ficaria isolado caso não adotasse uma das teorias – interna e externa – que naquele momento eram dominantes na Alemanha.

Parece óbvio que os direitos, mesmo os fundamentais, possam sofrer algum tipo de restrição através de outros bens e valores igualmente importantes. Isso porque nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Partindo-se desta premissa, o entrave encontrado pelo hermeneuta não é conceituar o que sejam restrições aos direitos fundamentais, mas sim determinar o alcance e conteúdo destas restrições.

Alexy parte da premissa que os direitos fundamentais são *prima facie*, isto é, são direitos sem limitações.³

Conceitos importantes para fundamentar as teorias sobre as restrições aos direitos fundamentais são os de direito, sua restrição e o produto dessa combinação: o direito restringido. Assim, num

3. Vale aqui mencionar importante exemplo sobre a teoria dos direitos fundamentais sendo estes direitos *prima facie*: imaginemos que um autor de peça teatral resolva matar um dos atores da peça durante seu transcorrer em nome do princípio da liberdade artística. Portanto, os direitos *prima facie* não sofreriam restrições num primeiro momento.

primeiro momento, temos o direito em si, não restringido, e após sofrer a restrição temos um direito restringido (Alexy, 2008. p. 277).

A toda essa mecânica, a doutrina deu o nome de teoria externa. Isso porque a limitação decorre de um elemento externo, como um direito de outro indivíduo e os interesses coletivos. Já para segunda corrente, a denominada teoria interna, somente há um elemento: o direito, que tem um determinado conteúdo. Diferentemente da teoria externa que utiliza o termo restrição, a teoria interna prefere o termo limite. Nas palavras do professor da Universidade de Kiel: “Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de ‘limites’, então, se fala em ‘restrições imanentes’”.

A distinção entre regras e princípios é fundamental para estabelecer em qual corrente doutrinária, a interna ou externa, o hermeneuta estará mais afeto. Caso entenda que as normas de direitos fundamentais são princípios o exegeta estará diante da teoria externa, pois aqui se parte de posições *prima facie*. Por outra volta, no caso de compreender as normas de direitos fundamentais como regras, ou seja, com posições definitivas, estará o intérprete afeto à teoria interna.

Portanto, o hermeneuta que utiliza a expressão restrições aos direitos fundamentais, partindo do pressuposto que os direitos fundamentais são princípios, está correto, enquanto aquele que entende os direitos fundamentais como posições jurídicas definitivas (regras) estará utilizando o termo restrição apenas de maneira metafórica (Alexy, 2008. p. 280).

A teoria interna poderia ser resumida em uma única frase dos doutrinadores franceses Planiol e Ripert: o direito cessa onde o abuso começa (Silva, 2009, p. 128). Para a teoria interna, o limite é algo que está dentro do próprio direito, independentemente de fatores externos. Está ligada a ideia de limites imanentes. Só há um objeto para a teoria interna que seria o próprio direito, isto é, não há o direito e sua restrição.

Esta teoria adota o critério de subsunção do direito à norma, distanciando-se da ponderação, e, portanto, do mínimo de subje-

tividade nas decisões judiciais, que deveriam se pautar no texto normativo constitucional (Sarlet, 2006).

Assim, na perspectiva da teoria interna, como os direitos não sofrem influências de fontes externas, com destaque para a colisão com outros direitos, concluímos, pela diferenciação acima já destacada entre regras e princípios, que somente as regras podem ser objeto de estudo para a teoria interna. Isso porque estas normas, as regras, não sofrem influência de fatores externos, seus limites, ou seja, seu conteúdo está definido *a priori*. Portanto, se se parte de posições definitivas, estamos no âmbito da teoria interna.

A teoria interna vale-se de direitos definitivos, como são as regras, e não de direitos *prima facie*, como são os princípios. Assim, o direito fundamental somente poderia ser exercido dentro daqueles limites (imanesentes) ou não poderia ser exercido. Melhor explicando: ou o cidadão tem direito subjetivo para exercer um direito fundamental ou não o tem, sendo despidendo saber se as condições fáticas – medidas adequadas e necessárias para a realização do princípio em questão – e jurídicas -, aqui entra a ideia de colisões de princípios – darão suporte àquele direito.

Assim, se uma regra for incompatível com a Constituição, formal ou materialmente, seria inconstitucional e não uma restrição. Isso porque, quando se parte de posições definitivas, “a violação de um direito fundamental é algo muito diferente de sua restrição” (Alexy, 2008. p. 278). Dessa forma, os autores que falam em restrições aos direitos fundamentais estão no âmbito da teoria dos princípios de Alexy (2008).

Uma questão complexa que será abordada abaixo será saber quais são esses limites (internos) para o exercício de um direito fundamental e, para isso, nos socorreremos do instituto dos limites imanesentes.

Numa análise apressada, poderíamos chegar a conclusão de que para a teoria interna os direitos fundamentais são absolutos, pois não sofrem restrições externas. Porém, os teóricos que desenvolveram essa teoria, por óbvio, nunca assim pensaram, por isso desenvolveram a ideia de limites imanesentes.

Diferentemente da teoria externa, que propugna a concep-

ção de restrições aos direitos fundamentais através da colisão de princípios, a teoria interna defende que há limites inerentes a cada direito e que, ultrapassado esse limite, estaríamos na zona de não direito, ou seja, não albergado pelos limites impostos pela própria Constituição.

Para demonstrar o acima exposto através de um exemplo, na seara trabalhista, que é o intuito deste trabalho, segue: um empregado sob o suposto manto de proteção do direito ao lazer, manejando um guindaste da empresa em uma rua movimentada de grande cidade, resolve, durante seu horário de trabalho normal, ir à praia, causando transtornos ao empregador, bem como à população.

A teoria interna perguntaria se o direito fundamental ao lazer do empregado, neste caso concreto, estaria dentro de limites de proteção deste direito. Assim, se o juiz fosse chamado a decidir o caso concreto, caso adepto da teoria interna, fundamentaria que o direito fundamental ao lazer não lhe daria essa proteção. E mais, se o legislador criasse uma lei que dispusesse que é proibido deixar guindaste na rua para ir à praia, essa lei não seria uma restrição ao direito fundamental ao lazer do empregado, pois não ultrapassaria o limite do direito fundamental ao lazer.

Casos limítrofes do que estaria ou não dentro do conteúdo de um direito fundamental traria o mesmo decisionismo que fundamenta as críticas à teoria externa.

A teoria externa tem dois objetos. O primeiro objeto seria o direito em si e o segundo objeto seria suas restrições. Portanto, a soma desses dois objetos: o direito em si + suas restrições = direito restringido. Portanto, *a priori* não há qualquer contato da restrição com o conteúdo do direito fundamental, já que são institutos autônomos. A relação somente se apresenta, entre o direito em si e sua restrição, quando esta aparece, no intuito de conciliar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, bem como os direitos individuais e coletivos (Alexy, 2008).

E mais, as restrições aos direitos fundamentais, através de norma (regra e princípio), pressupõe que essa norma seja constitucional, pois se for “inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição”. (Alexy, 2008, p. 281)

No caso concreto, quando o juiz for decidir o conflito entre dois princípios – um cederá em favor do outro – através da técnica do sopesamento, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, restringirá o exercício de um direito fundamental. Sem que isso invalide o princípio nem que este perca sua extensão *prima facie*. (Silva, 1990, p. 138)

A teoria externa está intimamente ligada à teoria dos princípios. Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. A teoria dos princípios consagra, em linhas gerais, os princípios como sendo direitos *prima facie* e, após sofrerem colisões de princípios e regras, estará diante do direito definitivo.

Portanto, o direito definitivo, para a teoria externa, somente é descortinado após a análise do caso concreto⁴, distintamente do que ocorre na teoria interna em que o direito definitivo já é sabido *a priori*.

As restrições a direitos fundamentais podem se dar tanto por meio de regras como por meio de princípios, segundo a orientação Alexiana, pois “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. (Alexy, 2008. p. 281). A restrição a direito fundamental por meio de regra ocorrerá quando incidir uma não-liberdade definitiva ou não-direito definitivo de igual conteúdo sobre direito fundamental *prima facie*.

Explicaremos com dois exemplos da seara trabalhista. A obrigação do empregado de usar equipamento de proteção o retira da posição jurídica *prima facie* de liberdade geral de ação.

4. Insta mencionar que a expressão caso concreto tem aqui duas definições. A primeira seria aquela mais corriqueira que é o conflito de interesses posto ao Judiciário para decidir (direito à intimidade do empregado *versus* direito de propriedade do empregador; no caso de revistas às bolsas dos funcionários) e a segunda seria aquela em que o legislador decide sobre a colisão de dois direitos fundamentais (direito de propriedade do empregador *versus* direito fundamental à jornada de trabalho digna nos casos do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira). Nesse último caso o legislador deu prevalência ao direito fundamental do empregador, já que não limitou a jornada de trabalho dos empregados abrangidos pelas exceções do artigo 62 da CLT.

Assim, quando a regra insculpida no artigo 158, parágrafo único, alínea “b”⁵, da Consolidação do Leis do Trabalho brasileira (CLT) adentrou no ordenamento jurídico em 1977, o empregado passou a estar numa posição de não-liberdade definitiva em face do empregador e também do Estado. Assim, a regra do artigo 158, § único, alínea “b”, da CLT é uma restrição ao direito fundamental, pois o empregado deixa sua liberdade *prima facie* para uma não-liberdade definitiva, após a vigência da lei.

Um exemplo de relação entre um direito fundamental, sua restrição e não-direito definitivo, apesar de não ser diretamente no âmbito empregado-empregador, mas sim na relação empregador-Estado, é o sugerido pelo próprio Alexy (2008), o que demonstra a importância do tema das restrições aos direitos fundamentais nas relações de empregado.

Segue o exemplo.

O representante da Câmara de Ofícios é autorizado, pelo Regulamento sobre Artes e Ofícios, a entrar nos locais de trabalho no intuito de verificar as condições do labor. Isso seria uma restrição ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio que na Alemanha é estendida aos locais de trabalho. Portanto, o princípio constitucional garante ao cidadão *prima facie* a inviolabilidade de domicílio e por consequência lógica proíbe *prima facie* o representante da Câmara de Ofícios adentrar nos locais de trabalho. Porém, como o Regulamento sobre Artes e Ofícios, permite essa verificação pelo representante, “a proibição *prima facie* é substituída por uma permissão definitiva” (Alexy, 2008. p. 286) e que corresponde a um não-direito definitivo de proibir a visita.

5. Art. 158 – Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I – Observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único – Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (sem grifos no original)

Há outro caso, que se enquadra como uma luva com o objeto deste de trabalho numa perspectiva histórica, é o caso *Lochner vs. New York*. Nessa decisão podemos perceber o papel fundamental que uma Corte Constitucional pode ter – neste caso não teve – na efetivação dos direitos fundamentais. Óbvio que olhando para o presente caso de maneira fria, alguns poderiam entender que houve proteção aos direitos fundamentais da propriedade privada, da livre iniciativa etc. Vamos ao caso: a Corte Constitucional norte-americana invalidou por inconstitucionalidade uma lei do estado de New York, que estabelecia o limite máximo de 10 horas por dia e de 60 horas por semana a jornada de trabalho para os empregados de padarias. O professor Reis Novais destaca que todo esse período, da decisão do caso *Lochner* em 1905 até 1937, foi denominado de *Lochner*, era “caracterizada pelo ativismo judicial de invalidação da legislação social em nome da liberdade contratual e de uma visão anacrônica do direito de propriedade”.

Portanto, verificamos que houve a tentativa de restrição ao direito fundamental de propriedade do empregador (dono de padaria) através do Poder Legislativo, mas logo essa restrição foi afastada por inconstitucionalidade, na visão da composição da *Supreme Court* norte-americana da época.

Chegamos em um dos pontos auge desse artigo, que é descobrir se há restrições na seara trabalhistas aos direitos fundamentais, quais são elas (ou algumas delas) e como a jurisprudência brasileira trata o tema.

As restrições por meio de regras são realizadas através da legislação infraconstitucional. Na seara trabalhista temos alguns exemplos. O artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil estabelece que:

Art. 62 – “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos

de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Algumas observações são importantes acerca deste artigo.

O *caput* do artigo 62 da CLT exclui os empregados acolá abrangidos de todo o capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, isto é, não terão direito a hora extra, adicional noturno, intervalo intrajornada, intervalo interjornada etc.

O artigo 7º da Constituição Federal brasileira está dentro do capítulo “DOS DIREITOS SOCIAIS”, que está dentro do título “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Portanto, os direitos sociais para Constituição Federal brasileira são direitos fundamentais. Estabelecem os incisos IX, XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal brasileira:

Art. 7º [...]

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

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

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

Assim, o artigo 62 da CLT não é produto de um simples julgamento de conveniência do legislador, mas o resultado de um sopesamento entre os princípios da propriedade e o da limitação da jornada de trabalho. (Silva, 2009. p. 142). É uma restrição não autorizada pelo constituinte.

Vale ressaltar que a doutrina é pacífica em admitir limitações pelo legislador infraconstitucional que não estejam previstas expressamente pela Constituição. É o que a doutrina denomina de restrições não expressamente admitidas pela Constituição.

Outras limitações não expressamente previstas pelo constituinte são aquelas do artigo 28, parágrafo 4º, incisos II e VI, da lei 12.395/2011, que não garantem aos atletas profissionais duração da jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais e o paga-

mento de horas extras no momento de concentração.⁶

O legislador utilizou o sopesamento do exemplo acima no momento de criação da lei para estabelecer que o direito fundamental de propriedade prepondera nestes casos em detrimento dos direitos fundamentais à limitação da jornada e o respectivo direito ao lazer.

Todos esses casos garantem *prima facie* o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, mas o legislador limitou esses direitos através de regras.

Num primeiro momento, para o intérprete inadvertido poderia pensar que a “colisão” ocorreria entre as regras limitadoras e o princípio que garante o direito fundamental, mas não, a colisão ocorre em momento anterior, naquele que o legislador sopesa qual princípio tem maior peso para definir se a restrição é proporcional ou não. A regra somente expressa essa solução (Silva, 2009. p. 142).

Alexy (2008. p. 286) admite que há restrições constitucionais⁷ e divide essas restrições em diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. As primeiras seriam aquelas que a própria norma constitucional já estabelece a restrição. Por outro lado, as segundas seriam aquelas que a Constituição autoriza a restrição, mas que são operacionalizadas por normas de hierarquia infraconstitucional.

O próprio Alexy (2008. p. 286) sintetiza a temática: “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.

A Constituição Federal brasileira prevê o mais poderoso direito fundamental nas relações de trabalho, que é o direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa no seu artigo

6. II – o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;

VI – jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

7. Vale mencionar que mesmo alguns adeptos da teoria externa, como o Prof. Reis Novais, não admitem restrições diretamente constitucionais, o que, ao meu ver, causa estranheza. Explico: ora, se admitíssemos que as restrições constitucionais não são restrições, mas apenas descrições daquilo que é protegido, estaríamos no âmbito da teoria interna e estaríamos falando de limites imanentes. (Alexy, 2008. p. 287).

7º, I. Ocorre que, esse mesmo inciso prevê que esse direito pode sofrer limitações pelo legislador infraconstitucional: “I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No intuito de evitar eventuais equívocos interpretativos, esclareço que as reservas legais – autorização para estabelecer restrições aos direitos fundamentais – não são restrições, elas somente fundamentam a possibilidade jurídica das restrições.

E mais, enquanto essa lei complementar, a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição Federal brasileira, não for promulgada, o próprio legislador constituinte previu no artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸ uma limitação provisória do direito fundamental contra despedida arbitrária e sem justa causa.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Portanto, temos uma possibilidade de restrição expressamente autorizada – indiretamente constitucional -, que ainda não foi implementada, mas já restringida pelo próprio constituinte – diretamente constitucional -.

As restrições indiretamente constitucionais são apresentadas pelas cláusulas de reserva explícitas, ou seja, disposições constitucionais que autorizam expressamente a restrição. Na Constituição Federal brasileira são aquelas cláusulas com a seguinte expressão: “*nos termos da lei*”. (Alexy, 2008. p. 291).

Na seara juslaboral, temos o exemplo do artigo 7º, incisos XI e XIX⁹, da Constituição Federal, como uma reserva simples,

8. O ADCT tem natureza jurídica de norma constitucional, pois suas disposições transitórias foram submetidas à votação, assim como as demais normas da Lei Maior (STF, RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-6-1995).

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

pois a competência para introduzir é pura e simplesmente garantida. E mais, temos o curioso exemplo de uma cláusula de reserva qualificada, ou seja, a possibilidade de estabelecer limitação ao conteúdo da restrição. É o que ocorre como a redação do artigo 7º, parágrafo único¹⁰, da Constituição Federal brasileira quando limita: "...e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades..."

Como já visto acima, a competência para estabelecer restrições não se circunscreve apenas às mencionadas expressamente, podendo haver, como já demonstrado empiricamente, restrições não expressamente autorizadas.

Questão importante é determinar qual o âmbito de atuação do legislador quando autorizado a restringir. Até onde pode avançar na restrição?

O aspecto formal é de fácil análise, pois compreende apenas a quem foi conferir a competência para restringir o procedimento e a forma (Alexy, 2008. p. 292). Porém, é na análise do aspecto material que as dificuldades começam a aparecer, pois o legislador, em tese, poderá esvaziar um direito fundamental, sob pretexto de atuar legitimado pelo constituinte. Ocorre que ao legislador são impostas condições para legitimar sua atuação no âmbito das restrições. Portanto, a competência do legislador está limitada às condições estabelecidas nas reservas qualificadas, quando a reserva for de tal natureza, pelo conteúdo essencial e também pelo princípio da proporcionalidade com o consequente sopesamento.¹¹

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

10. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

11. Há entendimento, segundo Alexy, citando Häberle, que o papel do legislador, quando diante de uma reserva constitucional, é o de apenas interpretar qual o alcance do resultado do sopesamento entre princípios já feitos pelo constituinte.

Os princípios também são meios de restrição de direitos fundamentais¹², mas somente num segundo momento. Isso porque o princípio restringidor, por si só, não gera a restrição, mas sim após um sopesamento – ponderação – entre o princípio constitucional atingido e o princípio que o restringe. Após essa mecânica teríamos uma restrição definitiva. (Alexy, 2008. p. 284)

O Tribunal Constitucional Federal alemão admite a restrição por meio de princípios quando menciona que “direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional” podem afetar direitos constitucionais de um cidadão.

As mais controvertidas colisões entre princípios na seara trabalhista ocorrem, e por consequências suas restrições, quando o legislador não fez o sopesamento, ou seja, quando não há lei regulamentando a colisão entre dois princípios. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2009. p. 143): “(...) pode ser que uma dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador”.

Portanto, caberá ao juiz decidir no caso concreto qual princípio deve preponderar. Assim, um princípio sofrerá restrição em prol de determinado princípio, considerado mais importante para a decisão daquele caso posto ao juiz para resolução. Vale destacar que a decisão do juiz (sentença) terá a natureza jurídica de regra, pois sob as mesmas condições, quando em confronto dois princípios, somente uma única solução pode ser apresentada.

Dos casos emblemáticos postos ao Judiciário e já consagrados pela jurisprudência, destaco dois. Primeiro, as revistas e, segundo, a violação de conteúdo de e-mail corporativo.

A jurisprudência brasileira, no caso das revistas, tem separado duas situações.

A primeira seria aquela em que o empregador faria a revista nas bolsas dos empregados. Nessa situação, a jurisprudência entende que não há violação aos direitos fundamentais do empregado à vida

12. Nas palavras do mestre de Kiev: “Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.”

privada, à honra, à imagem e à intimidade do indivíduo, desde que feita sem práticas abusivas, conforme decisão da instância máxima em matéria trabalhista no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho.

TST – RR 724/2008-678-09-00-0 – Publ. em 29-10-2009. DANO MORAL – REVISTA NOS PERTENCES DOS EMPREGADOS – PRESUNÇÃO DE CONSTRANGIMENTO – INVIABILIDADE. A revista nos pertences dos empregados, quando feita sem práticas abusivas, não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, ausente abuso desse direito quando procedida a revista moderadamente, como no caso em exame, não havendo de se falar em constrangimento ou em revista íntima e vexatória, a atacar a imagem ou a dignidade do empregado.

Portanto, neste caso concreto posto à decisão da mais alta corte brasileira em matéria trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, o Judiciário sopesou e decidiu que sob aquelas condições, o direito fundamental à propriedade deve preponderar sobre o direito fundamental à intimidade do empregado. Assim, houve uma restrição do direito fundamental à intimidade, que *prima facie* é ilimitado.

Outro caso, e que gera maiores divergências, é o caso do empregador que faz revista íntima em seus empregados em fábricas de roupas íntimas e em fábricas de diamantes, por exemplo.

A jurisprudência neste caso tem decidido que o princípio à intimidade do empregado deve prevalecer em detrimento do direito de propriedade. Senão vejamos:

TST – RR 1069/2006-071-09-00.2 – Publ. em 14-8-2009. DANO MORAL – REVISTA ÍNTIMA – EMPRESA DE CONFECÇÃO. Como expressão do poder diretivo reconhecido ao empregador e ainda com o propósito de compatibilizar os comandos constitucionais de proteção à propriedade e à honra e dignidade do trabalhador, a jurisprudência majoritária tem admitido a possibilidade de o empregador promover, consideradas as características e peculiaridades da atividade comercial explorada, a revista visual de objetos pessoais de seus empregados, ao final do expediente, desde que não ocorram excessos e exposições vexatórias que comprometem

a honra e a imagem desses trabalhadores. Nesse cenário, ao realizar revistas íntimas que consistiam em determinar a exposição do sutiã, da calcinha e da meia de suas empregadas, para verificar a eventual ocorrência de furtos dessas peças no interior do estabelecimento, atua o empregador à margem dos parâmetros razoáveis, invadindo esfera indevassável de intimidade e incidindo em abuso que deve ser reparado – Código Civil, artigos 186 e 927.

Vale observar que se alterarmos as condições fáticas, ou seja, se a revista, mesmo que íntima, for feita com moderação (por exemplo, feita por pessoas do mesmo sexo) poderá o direito fundamental à propriedade prevalecer.

Nesse sentido, importa observar a ponderação do emérito relator do acórdão da 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do processo número 613/2000-013-10-00.7: “De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão — valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade — não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedora e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa. Ademais, se se cuida de “e-mail” corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.”

Por outro lado, restou caracterizada a violação ao direito fundamental do empregado no caso de violação do e-mail particular e não corporativo, conforme decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – VIOLAÇÃO À INTIMIDADE – ARROMBAMENTO DE ARMÁRIO PRIVATIVO E VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL (CORREIO ELETRÔNICO E DADOS PESSOAIS) (por violação ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal). O Tribunal Regional, embasado nas provas dos autos, na forma prece-

nizada pela Súmula nº 126 desta Corte, constatou presentes os elementos caracterizados da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a conduta ilícita do agente ofensor. Observe-se que o Colegiado constatou que, *in casu*, a prova testemunhal produzida confirma o fato alegado na inicial como ensejador da reparação pretendida, no sentido de que houve arrombamento do armário privativo do reclamante bem como violação de sua correspondência pessoal, inclusive correio eletrônico e dados pessoais. Dessa forma, houve, de fato, efetivo prejuízo de ordem moral ao reclamante. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR 183240-61.2003.5.05.0021, 2ª Turma, Relator Renato de Lacerda Paiva, Publicação 26/10/2012).

Portanto, aqui houve restrição ao direito de propriedade do empregador, já que a empresa não pode violar o armário do empregador utilizado pelo empregado para obter dados de sua conduta. Vale aqui ressaltar que o computador era de propriedade da empresa e mesmo assim neste caso concreto o juiz decidiu restringir o direito fundamental de propriedade, dando prevalência ao direito fundamental da intimidade do empregado.

Verifica-se que o mais importante na análise do tema não é saber qual direito fundamental preponderará no conflito entre dois princípios de direito fundamental, mas sim respeitar o princípio da segurança jurídica e evitar o “decisionismo”, definir na análise dos casos postos à apreciação do Judiciário qual será a regra para aqueles casos. Explico: como já dito acima, o confronto entre dois princípios sob certas condições, quando da análise pelo juiz, resulta numa sentença com natureza jurídica de regra, na perspectiva da diferenciação entre princípios e regras.

E mais, podemos concluir que as restrições aos direitos fundamentais podem ocorrer por meio de uma decisão do Poder Judiciário, nos casos em que não há regra para disciplinar a colisão entre princípios, ou seja, nos casos em que o legislador ainda não fez a ponderação (silva, 2009. p. 143).

Na perspectiva deste artigo, que é a análise das restrições aos direitos fundamentais na relação de emprego e que os casos mais desafiadores são aqueles que ocorrem quando há restrição

feita pelo Judiciário na análise de casos concretos, abordaremos a crítica à teoria externa que há um “decisionismo disfarçado” quando do sopesamento.

Para os positivistas, e aqui utiliza-se, em especial, as lições do mestre Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, esse chamado decisionismo já existia, se é que é decisionismo, pois na fábula da moldura aquele autor já ensinava que dentro dela havia várias decisões corretas.

Assim, mesmo para aqueles que pregam a subsunção como método de aplicação do direito, tem que se curvar à crítica que também haveria decisionismo quando da aplicação ao caso concreto, pois não é um método racional e objetivo.

A decisão do juiz não é, portanto, a única nem a melhor, mas, por razão de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão.

E mais, não há decisionismo, da maneira depreciativa que os críticos querem dar, a decisão do Poder Judiciário terá a fundamentação constitucionalmente exigida, pois quando da aplicação desse ou daquele princípio lhe cabe o ônus da argumentação.

Não podemos olvidar que a decisão do juiz é impregnada, e não poderia ser diferente, pois é um ser social, de fatores externos como suas concepções de justiça e moral. Se a decisão fosse extremamente racional e lógica bastaria computadores para proferir as decisões. O juiz não é um ser autômato.

Kelsen (1999. p. 349) já dizia: “(...) o direito a ser aplicado constitui (...) apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha a moldura com algum sentido possível”.

Outra crítica à teoria dos princípios é de que criaria direitos irrealis. Isso porque os direitos *prima facie* reconheceriam situações imorais e ilegais. Seria o caso de um jogador de futebol (empregado) que quisesse, durante a partida de futebol, exercer sua liberdade de religião e fazer preces no vestiário durante o jogo, com fundamento no direito fundamental de liberdade religiosa ou querer tocar um instrumento musical durante um jogo com fundamento no direito

de liberdade artística. Ora, temos que partir das premissas que há direitos *prima facie* e direitos definitivos para que a teoria dos princípios mantenha seu suporte teórico e sua própria lógica.

O professor Jorge Miranda explica que não há grandes diferenças no resultado prático alcançado pelas teorias, seja a interna seja a externa:

“Supomos (...) que, ao final e ao resto, os resultados não serão muito diversos, adopte-se uma [isto é, teoria interna] ou adopte-se outra, [isto é, teoria externa] até porque nenhum direito e também nenhuma restrição podem ser encarados isoladamente, à margem dos restantes direitos e dos princípios institucionais que lhe subjazem”. (Kelsen, 1999. p. 349).

A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos princípios e para as restrições aos direitos fundamentais é de natureza ímpar.

Inicialmente, vale mencionar que o princípio da proporcionalidade¹³ está dividido em três estágios que o jurista deve passar para saber se a restrição é constitucional ou não, se é legítima ou não.

O primeiro estágio seria saber se a norma que limitou um direito fundamental é adequada para fomentar a realização de outro direito também fundamental. O estágio seguinte orienta o intérprete no sentido se não há medida alternativa tão eficiente, mas menos restritiva (necessidade), para a consecução de um direito fundamental. E finalmente, o terceiro e último estágio, a ponderação – proporcionalidade em sentido estrito – que é saber se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.¹⁴

Alexy, creio que preocupado em afastar as críticas sobre o suposto subjetivismo que as decisões judiciais poderiam ter, tentou criar fórmulas matemáticas para tentar explicar a adequação e a necessidade de uma norma de direitos fundamentais. Ocorre que, “mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação

13. Algumas denominam o princípio da proporcionalidade como sendo a regra da proporcionalidade. Porém, para efeito desse artigo, a diferença é desnecessária.

14. Alguns autores dentre eles Paulo Bonavides argumentam que só há os dois primeiros estágios.

de precedências condicionadas” (Silva, 2009. p. 176).

Cabe neste ponto de o trabalho distinguir o trabalho do juiz quando há regra que disciplinou a colisão entre dois princípios de direito fundamentais e quando não há essa regra, ou seja, quando dois princípios entram em colisão.

No primeiro caso, isto é, quando o legislador já fez o sopesamento entre dois princípios e criou determinada regra, cabe ao juiz, se instado a controlar a constitucionalidade dessa lei, apreciar utilizando o princípio da proporcionalidade. Isso porque o legislador já fez a opção dele, ou seja, realizou o sopesamento.

Contudo, há casos em que não há norma regulamentando essa colisão e o juiz é chamado a decidir a colisão. Aqui sim, o juiz não trabalhará com o princípio da proporcionalidade e sim também fará o sopesamento, isto é, no caso concreto, reconhecerá qual princípio terá maior peso. Isso porque o juiz somente poderia usar do princípio da proporcionalidade se houvesse norma concreta para ser trabalhada, uma variável de referência, e aqui não há (Silva, 2009. p. 179).

Conclusão

Do conteúdo acima absorvido, mostrou-se imprescindível diferenciar regras e princípios; direitos definitivos e direitos *prima facie*; teoria interna e teoria externa; e direitos e restrições.

A teoria interna vale-se de direitos definitivos, como são as regras, e não de direitos *prima facie*, como são os princípios. Assim, o direito fundamental somente poderia ser exercido dentro daqueles limites (imanescentes) ou não poderia ser exercido. Assim, se uma regra for incompatível com a Constituição, formal ou materialmente, seria inconstitucional e não uma restrição.

A teoria externa está intimamente ligada à teoria dos princípios. Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. A teoria dos princípios consagra, em linhas gerais, os princí-

pios como sendo direitos *prima facie* e, após sofrerem colisões de princípios e regras, estará diante do direito definitivo. Portanto, o direito definitivo, para a teoria externa, somente é descortinado após a análise do caso concreto, distintamente do que ocorre na teoria interna em que o direito definitivo já é sabido *a priori*. Verifica-se que a questão do controle de constitucionalidade dos atos judiciário e legislativo no domínio dos direitos fundamentais – o controle do alcance da restrição – pelo juiz constitucional desempenha um papel de fundamental importância na efetividade dos direitos fundamentais, como podemos constatar com a análise da jurisprudência brasileira sobre o tema.

Portanto, conclui-se que há restrições na seara trabalhista aos direitos fundamentais e a teoria dos princípios como teoria externa é a que se mostra mais adequada no âmbito deste trabalho para justificar a restrição a direitos fundamentais nas relações de emprego.

Referências

- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> Acesso em: 15 mar. 2023.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Almedina, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Decreto Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília: Senado Federal, 1943.
- CALVET, Otávio Amaral. **A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo**. Revista LTr. 69-01/55-57, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 e.d. São Paulo: LTR, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV Direitos Fundamentais. 3. ed. Lisboa: Ed. Coimbra.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado democrático de direito**. Editora Coimbra. 1 ed. Dezembro de 2012. Coimbra.

PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. v. LXXVI, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

