

O EXAME DA PROPORCIONALIDADE DAS REVISTAS NAS BOLSAS DOS EMPREGADOS

INQUIRY OF THE PROPORTIONALITY OF SEARCHES PERFORMED ON EMPLOYEES' BAGS

Luis Fernando Silva de Carvalho*

RESUMO

O estudo analisa a legitimidade das revistas realizadas pelo empregador nas bolsas dos empregados. Essa modalidade de fiscalização importa na colisão de dois princípios de direitos fundamentais, a intimidade do empregado e a propriedade do empregador. Assim, recorrendo-se à Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, as “revistas moderadas” são submetidas aos três exames que compõem o teste da proporcionalidade: a adequação do meio adotado, a necessidade da medida escolhida e a proporcionalidade em sentido estrito. Após os testes, conclui-se que a utilização das “revistas moderadas” não passa no teste da necessidade, por existir medida alternativa apta a proteger a propriedade do empregador e causando menor restrição à intimidade dos trabalhadores. Além disso, a partir da fórmula do peso, constata-se que o prejuízo causado pelas “revistas moderadas” à intimidade dos trabalhadores pesa mais do que a proteção que essas revistas geram à propriedade do empregador. Reprovadas no teste da proporcionalidade, as “revistas moderadas” são caracterizadas como medida ilegítima para a proteção ao patrimônio do empregador.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Revista Pessoal. Intimidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper intend to verify the legitimacy of the searches conducted by employers on employees' bags and purses. There is a collision of two different fundamental rights: at one side, there is the employee's privacy, and at the other side there is the employer's property. The three tests of the proportionality technique are performed, inquiring the effectiveness of the searches, the necessity of the searches and the proportionality stricto sensu (or balancing itself) of this kind of procedure. At the third test, Robert Alexy's weight formula is used to measure if, by using bag checking procedures, the level of protection provided to the company's property justifies the harm caused to workers' privacy. Since moderate searches fail both necessity and proportionality stricto sensu tests, they are held as disproportional measures and, therefore, employers are not allowed to perform those inspections on their employees.

Keywords: Fundamental Rights. Bag Searches. Privacy. Proportionality. Balancing.

* Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; luisfscarvalho@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As revistas realizadas pelo empregador nas bolsas dos trabalhadores revelam-se como uma das várias situações nas quais estão contrapostos os direitos fundamentais dos sujeitos da relação de emprego.

De um lado, tem-se o direito do empregador à propriedade, o qual, em sua formulação genérica, está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição da República). Desse direito de propriedade decorre o poder diretivo que é reconhecido ao empregador. No outro polo, encontra-se a proteção à intimidade do trabalho, a qual também goza do mesmo *status* constitucional (artigo 5º, X).

Tendo por marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, este estudo parte de duas premissas: a primeira, no sentido de que as normas de direitos fundamentais possuem força vinculativa, não sendo meras proposições programáticas (ALEXY, 2010, p. 202). Desse modo, as tensões havidas entre direitos fundamentais são problemas jurídicos, e não problemas meramente políticos ou morais (ALEXY, 2008a, p. 60).

Essa força vinculativa dos direitos fundamentais incide também nas relações privadas (eficácia horizontal). Afinal, os direitos, liberdades e garantias previstos pela constituição não se encontram em uma situação de separação da ordem jurídica privada. Eventual “distância” entre o direito privado e a constituição não significa que exista um terreno livre de direitos fundamentais (MIRANDA, 2004, p. 94).

Nas relações de trabalho, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais é ainda mais premente. Afinal de contas, o trabalhador está em uma posição juridicamente inferior àquela do empregador (subordinação jurídica), pois sofre limitações até mesmo na possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, estando sujeito ao poder diretivo do empregador. Os direitos fundamentais do trabalhador seriam, assim, limites para o exercício do poder diretivo do empregador.

Nesse sentido, Sergio Gamonal Contreras (2009, p. 166) observa que

el derecho del trabajo reconoce la relación de poder implícita que existe en el contrato de trabajo y, por esta misma razón, consagra los poderes de mando, de reglamentación y disciplinario del empleador, conformando una potestad abierta, elástica y flexible que se concreta en el día a día por el empleador, [...] en este contexto, la irrupción de los derechos fundamentales como límite a estas potestades legales sólo refuerza los objetivos tradicionales del derecho del trabajo.

Até mesmo aqueles que defendem que os direitos fundamentais não teriam eficácia direta perante particulares reconhecem que os direitos trabalhistas seriam exceção à regra e gerariam vinculação direta aos particulares, no caso, o empregador (STEINMETZ, 2004, p. 279).

A segunda premissa decorre de uma construção “ampla e abrangente” (*broad and comprehensive*), a qual reconhece que as normas de direitos fundamentais apresentam-se sob a estrutura de princípios (ALEXY, 2003, p. 132).

Assim, eventual colisão entre as normas não se resolve no plano da validade e nem pela técnica da subsunção. A solução para o conflito entre a proteção à intimidade do empregado e a proteção à propriedade do empregador depende do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, identificando qual princípio prevalece na situação concreta.

A fim de se chegar a uma solução racional para a colisão entre princípios de direitos fundamentais nas condições concretas propostas, ou seja, para que se defina em favor de qual princípio penderá a relação de precedência condicionada, é necessário que se recorra à proporcionalidade.

Nesse sentido, Alexy (2005, p. 159) destaca que *a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios*. Por isso, para que se verifique a legitimidade das revistas em bolsas como medida de proteção ao patrimônio do empregador, elas devem ser submetidas aos três testes que compõem o exame da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

2 IDENTIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO LEVADA A TESTE: AS REVISTAS MODERADAS

Antes, porém, há a necessidade de se delimitar a situação concreta que será submetida ao teste da proporcionalidade. Para tanto, opta-se pela noção de “revistas moderadas”, expressão utilizada reiteradamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, para identificar uma série de condições fáticas comuns nas quais foram consideradas legítimas as revistas efetuadas pelo empregador nos pertences dos trabalhadores.

Por “revista moderada”, entende-se a inspeção meramente visual das bolsas, sacolas, mochilas e pertences que empregado carrega consigo até o posto de trabalho. A fiscalização é feita em local reservado, sem qualquer contato entre o fiscal e o corpo do trabalhador, e sem que qualquer objeto seja retirado da bolsa ou manuseado pelo agente do empregador.

Além disso, a noção de revista moderada pressupõe um caráter *impessoal e não-seletivo*, impedindo que a inspeção seja realizada apenas em um ou em alguns empregados de forma específica, pois isso resultaria em notada discriminação contra tais trabalhadores.

Ademais, quanto ao aspecto formal, parte-se do pressuposto de que existe ajuste prévio entre empregador e empregado para a realização da fiscalização nas bolsas (seja em contrato individual de trabalho, norma coletiva ou regulamento¹).

¹ Caso o empregador passasse a revistar seu empregado sem qualquer previsão contratual ou normativa, a solução da questão poderia estar na simples aplicação do princípio da proibição de alterações contratuais lesivas ao trabalhador, e não na colisão entre direitos fundamentais.

Por último, especificamente para este estudo, fixa-se que o empregador é uma empresa do comércio varejista em geral, como uma loja de roupas, um supermercado ou uma loja de departamentos².

3 O EXAME DA PROPORCIONALIDADE DAS REVISTAS MODERADAS

3.1 A ADEQUAÇÃO DAS REVISTAS MODERADAS

O ponto de partida para a análise da proporcionalidade das revistas moderadas é investigar se elas são adequadas para, em alguma medida, proteger a propriedade do empregador.

Não é necessário (pelo menos não no exame da adequação) que as revistas moderadas representem a medida que confira a maior proteção à propriedade do empregador. Se existem outras formas melhores para proteger o patrimônio da empresa, essa questão será investigada nas outras fases da análise da proporcionalidade.

As revistas moderadas somente serão consideradas como uma medida *inadequada* e, portanto, *desproporcional*, caso não contribuam em nada para promover o estado ideal de coisas (ÁVILA, 2006, p. 157), ou seja, se não conferirem proteção alguma aos bens do empregador.

E, de fato, a fiscalização nos pertences das pessoas que deixam o estabelecimento comercial, inclusive de empregados, é meio hábil para verificar se algum bem está sendo subtraído indevidamente.

Com efeito, em estabelecimentos comerciais como supermercados e lojas de departamentos, a maioria das mercadorias está exposta ao alcance fácil daqueles que transitam pelos corredores, sejam eles consumidores, empregados ou fornecedores. E muitos desses produtos podem ser ocultados dentro de uma bolsa.

Por isso, a fiscalização das bolsas daqueles que saem do estabelecimento pode, pelo menos em tese, proteger o patrimônio do empregador sob duas óticas: uma repressiva e outra preventiva.

Sob a ótica repressiva, a proteção ao patrimônio do empregador se dá através da identificação daquelas pessoas que, efetivamente, subtraíram mercadorias da loja ou do supermercado, levando-as em suas bolsas. A revista nas bolsas e pertences impediria que o sujeito conseguisse sucesso em seu intento ilícito.

² Não são objeto deste estudo as revistas realizadas por empregadores que exerçam atividades que coloquem a coletividade em risco diferenciado ou que envolvam produtos controlados, como armas de fogo, medicamentos, substâncias tóxicas ou materiais radioativos, além de outros que estejam sujeitos a rigoroso controle por parte do Estado. Caso se admitisse, neste estudo, a inclusão dessas situações, o resultado da ponderação seria afetado pelo princípio de proteção à coletividade (segurança pública), o qual exigiria da empresa a adoção de mecanismos mais rígidos para o controle de acesso das pessoas que tenham contato com os produtos ou substâncias potencialmente danosos à sociedade.

Além disso, as revistas atuam de forma preventiva na proteção do patrimônio do empregador. Tornando público que as pessoas que saíssem do estabelecimento sofreriam revistas em suas bolsas, haveria um natural desencorajamento nas atitudes ilícitas que dependessem da ocultação de bens em bolsas.

Portanto, seja sob a ótica repressiva, seja sob a ótica preventiva, as revistas moderadas são um meio adequado para proteger a propriedade do empregador, o que redundaria em aprovação no primeiro exame da proporcionalidade.

3.2 A NECESSIDADE DAS REVISTAS MODERADAS

A segunda etapa do exame da proporcionalidade é avaliação da necessidade do meio adotado. As revistas moderadas serão aprovadas nesta etapa caso a proteção ao patrimônio do empregador não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por uma outra medida que restrinja em menor grau a intimidade do trabalhador.

A etapa da necessidade consiste em uma comparação de meios: investiga-se a existência de meios alternativos que produzam o mesmo resultado e com menos sacrifícios. Se existir pelo menos uma única medida alternativa às revistas moderadas que confira praticamente o mesmo nível de proteção ao patrimônio do empregador, mas que cause menor afetação à intimidade do empregado, as revistas moderadas não passarão neste exame, sendo consideradas *desnecessárias* e, por conseguinte, *desproporcionais*.

Uma importante observação deve ser feita: a conclusão pela *necessidade* de uma medida escolhida (ou seja, a *aprovação* no exame da necessidade) é sempre uma conclusão provisória e que somente serve para dado momento no tempo. Isso porque, em outro momento posterior, poderão existir novas medidas alternativas que antes não estavam disponíveis, seja pela evolução tecnológica, seja pela evolução social.

A conclusão contrária, no sentido da desnecessidade de uma medida escolhida (ou seja, a *reprovação* no exame da necessidade), terá natureza definitiva. Afinal, se já existe uma medida menos restritiva ao princípio colidente, ela deverá ser adotada em todas as situações de colisão que ocorram sob as mesmas condições fáticas.

O teste da necessidade será iniciado por uma medida alternativa extrema: a revista completa, inclusive corporal. Sem dúvidas, a fiscalização que abrangesse não só as bolsas dos trabalhadores, mas também o corpo deles, seria tanto ou até mesmo mais eficaz para a proteção do patrimônio do empregador do que o exame somente dos pertences, como proposto pela noção de revista moderada.

Afinal de contas, assim como alguns objetos de menor dimensão poderiam ser ocultados nas bolsas, nas sacolas ou nas mochilas, eles também poderiam ser escondidos nos bolsos, por baixo das blusas, dentro das calças ou junto ao corpo do trabalhador. Assim, a

revista corporal promoveria a proteção do patrimônio do empregador de forma tão ou até mesmo mais intensa do que a revista moderada.

Entretanto, essa medida alternativa não demonstra a desnecessidade das revistas moderadas, uma vez que importaria em restrições ainda maiores à intimidade do trabalhador, já que essa revista corporal seria muito mais invasiva e vexatória do que a revista moderada.

É fácil concluir que essas medidas extremas, como as revistas corporais, não passam pelo exame da necessidade. De fato, a comparação dessas medidas com as revistas moderadas se presta muito mais como exercício da técnica do exame da necessidade, facilitando a compreensão do objetivo do teste.

Mais importantes do que a comparação com as medidas extremas, são as comparações com medidas alternativas intermediárias, as quais são capazes de gerar fundadas dúvidas quanto ao grau de afetação à intimidade do trabalhador.

Uma dessas medidas intermediárias seria a utilização de *mecanismos de controle de estoque*. Basicamente, restringe-se o acesso às mercadorias a um único funcionário ou a um determinado grupo de funcionários, de modo que somente através deste pessoal autorizado é que se poderia chegar aos produtos do estabelecimento.

Esse tipo de controle é normalmente utilizado em supermercados e lojas de departamentos para aqueles produtos de maior valor e de menores dimensões. Tais produtos permanecem trancados em expositores, normalmente de vidro ou de outro material transparente. Eles somente são abertos quando algum cliente solicita a um dos funcionários autorizados. Equipamentos eletrônicos, artigos colecionáveis, relógios, perfumes e cosméticos caros são comumente armazenados dessa forma.

Apesar de agredir de forma menos intensa a intimidade do trabalhador, a utilização de mecanismos de controle de estoque não confere o mesmo nível de proteção ao patrimônio do empregador quando comparada às revistas moderadas.

Em primeiro lugar, essa medida não é adequada para todos os tipos de estabelecimentos, já que a falta de contato direto entre o consumidor e o produto gera, inegavelmente, dificuldades para o funcionamento de certas atividades comerciais, sobretudo supermercados e estabelecimentos de vestuário. Além disso, apesar de ser eficaz para proteger o patrimônio do empregador contra atos de terceiros (consumidores), o controle de estoque é pouco eficaz para a proteção do empregador contra ato ilícito dos próprios empregados.

Afinal de contas, em estabelecimentos de maior porte, é necessário que existam vários empregados autorizados a acessar as mercadorias, a fim de prestar melhor e mais imediato atendimento ao consumidor. E, quanto maior o número de funcionários com acesso às mercadorias, menor a eficácia do controle.

Outra alternativa merecedora de maior detalhamento é a utilização de *etiquetas eletrônicas ou magnéticas*.

Assim como os mecanismos de controles de estoque, as etiquetas são mais eficazes para a proteção do patrimônio do empregador contra ato de consumidores. Elas são pouco eficazes para a proteção do empregador contra ato ilícito de seus empregados. Ora, são os próprios funcionários que possuem os equipamentos necessários para desmagnetizar as etiquetas. Por isso, vários empregados teriam condições de desabilitar as etiquetas magnéticas, possibilitando que bens do empregador fossem retirados do estabelecimento indevidamente, não protegendo o patrimônio do empregador de forma tão eficaz quanto a fiscalização das bolsas.

A atuação de fiscais em setores nos quais ficam expostos os produtos à venda ou a utilização de sistemas de vídeo também não se revelam tão eficazes quanto as revistas moderadas.

Afinal, as revistas nas bolsas, por atuarem em um momento posterior à apropriação dos produtos, possibilitariam a detecção de atos ilícitos que nem mesmo os fiscais ou os sistemas de vídeo conseguiram registrar.

Em resumo, nenhuma dessas medidas promove a proteção ao patrimônio do empregador de forma tão eficaz quanto as revistas moderadas, apesar de provocarem menor restrição à intimidade do trabalhador.

Na verdade, essas medidas alternativas não substituem a medida escolhida (revistas moderadas), mas a ela se somam para a promoção do fim buscado (proteção ao patrimônio do empregador).

Contudo, existe uma outra medida que possui a mesma eficiência das revistas moderadas, qual seja, a disponibilização de armários individuais (ou lockers) para os empregados, desde que haja uma racionalização na disposição desses.

Para que esta medida alternativa tenha sua máxima eficácia, os armários individuais devem estar localizados após o acesso do trabalhador ao estabelecimento e antes de seu acesso aos produtos disponíveis ao consumidor.

Assim, os funcionários entrariam no local de trabalho com as bolsas, mochilas e sacolas e, de imediato, as colocariam em seus armários individuais.

Então, já sem portarem a bolsa ou mochila, os empregados seriam autorizados a adentrar o local no qual os produtos estão expostos.

Pode-se argumentar que a medida alternativa em análise não elimina por completo os riscos ao patrimônio do empregador por ato ilícito dos funcionários. Afinal de contas, seria possível que o empregado ocultasse bens de menores dimensões em seus bolsos ou dentro de suas roupas.

Todavia, esse argumento não serve para eliminar a viabilidade dessa medida alternativa quando comparada às revistas moderadas. Isso porque as revistas moderadas, conforme definição proposta, não se prestam à fiscalização do corpo do trabalhador, mas somente de seus pertences, como bolsas, mochilas ou sacolas.

Somente as revistas corporais poderiam detectar essa forma de ocultação dos atos ilícitos. Todavia, tais revistas agridem em grau muito mais severo a intimidade do trabalhador e, portanto, não resistiriam ao exame da necessidade em se tratando de supermercados ou lojas de departamentos.

Ou seja, o ponto de fragilidade da disponibilização racional de armários individuais é exatamente o mesmo das revistas moderadas: a impossibilidade de se detectarem produtos que estejam ocultados nas roupas e junto ao corpo do trabalhador.

Na verdade, a adoção da medida alternativa ora em análise promove a proteção ao patrimônio do empregador em um patamar pelo menos igual àquele das revistas moderadas. Afinal de contas, os empregados colocam suas bolsas em seus armários individuais *antes* de terem contato com os produtos expostos à venda.

Ora, se os funcionários não estão portando bolsas, sacolas ou mochilas, eles não teriam meios de ocultar bens da empresa em outro local que não o seu próprio corpo, não havendo justificativa para que os pertences deles sejam revistados ao término do expediente. Se houve algum ato ilícito praticado pelo empregado dentro do local de trabalho, certamente o produto desse ato ilícito não estará em sua bolsa.

Já no que diz respeito à afetação da intimidade do empregado, tem-se que a medida alternativa se revela menos gravosa do que as revistas moderadas, pois o empregador não terá qualquer contato com o conteúdo das bolsas, mochilas ou sacolas do trabalhador.

Por seu turno, nas revistas moderadas, por mais que elas sejam feitas em local reservado e com toda a discrição possível e imaginável, o conteúdo da bolsa (ou pelo menos parte dele) será revelado ao encarregado pela fiscalização.

A substituição das revistas moderadas pela disponibilização de armários individuais não causará qualquer diminuição no nível de proteção à propriedade do empregador. E, por seu turno, não causará qualquer prejuízo à intimidade do trabalhador, o que representa o “Ótimo de Pareto”.

Ora, se existe uma medida alternativa que restrinja o direito fundamental colidente de forma menos intensa do que a medida escolhida e que, ao mesmo tempo, promova da mesma forma o direito fundamental que se busca realizar, a medida escolhida não é aprovada no teste da *necessidade*. E, portanto, é tida como desproporcional, independentemente da realização do teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Ou seja, na colisão entre os direitos fundamentais de proteção à propriedade do empregador e de proteção à intimidade do trabalhador, nas condições fáticas definidas como revistas moderadas, deve prevalecer este último, em razão da desproporcionalidade do meio adotado, caracterizada pela reprovação no exame da *necessidade*, uma vez que existe medida alternativa capaz de promover de forma igual ou superior a proteção ao empregador, sem restringir com tanta intensidade a intimidade do trabalhador.

Com a realização deste segundo teste da proporcionalidade, já se chega a uma resposta para o problema que é o objeto do presente estudo, estabelecendo-se uma regra aplicável a todas as colisões que envolvam os mesmos princípios de direitos fundamentais, sob as mesmas condições fáticas:

As revistas realizadas nas bolsas e pertences de empregados de supermercados ou de lojas de departamentos, com as características de 'revistas moderadas', são proibidas por violarem de forma desproporcional o princípio da proteção à intimidade do empregado.

Essa regra pode ser transportada para todas as situações que tenham o mesmo suporte fático das revistas moderadas. E, por se tratar de regra, pode ser aplicada através de simples procedimento de subsunção para as situações que tenham o mesmo suporte fático.

Entretanto, há uma objeção que deve ser enfrentada, a fim de que se ofereça uma resposta tão completa quanto possível e que possa servir de regra para uma gama ainda maior de situações.

Afinal, nem todo o estabelecimento possui espaço físico que permita a instalação de armários individuais para os empregados em local anterior ao acesso aos produtos expostos.

Exemplos de impossibilidade da utilização da medida alternativa proposta seriam as pequenas lojas localizadas em galerias ou em *shopping centers*. Essas lojas, como regra, possuem uma única entrada, utilizada tanto pelos clientes como pelos empregados. E, pelo reduzido espaço físico, não há como serem instalados armários individuais em locais adequados, sem que haja grave prejuízo para a apresentação do estabelecimento e até mesmo para a sua viabilidade como ponto comercial.

Por conta disso, a fim de se verificar se a regra da colisão acima enunciada pode também ser estendida para esses pontos comerciais de pequeno porte, faz-se necessária a realização do terceiro exame da proporcionalidade, qual seja, o da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que os exames da adequação e da necessidade não foram suficientes para se concluir pela desproporcionalidade da medida.

3.3 A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A terceira e última etapa é a proporcionalidade em sentido estrito, também conhecida como ponderação, balanceamento ou sopesamento. Corresponde à ideia de ponderação entre a intensidade da restrição ao princípio de direito fundamental P_2 , atingido por uma medida M , e a importância da realização do princípio de direito fundamental P_1 , que seria promovido por essa medida M .

Nesta terceira e última etapa, busca-se verificar se os motivos que fundamentam a adoção da medida escolhida (ou seja, o fomento do princípio P_1) possuem peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental P_2 atingido (SILVA, 2002, p. 41).

A proporcionalidade em sentido estrito expressa, na verdade a própria idéia de *ponderação* (ou de *sopesamento*), exposta por Alexy (2002, p. 31) nos seguintes termos:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Para alguns autores, a própria ponderação (e não a proporcionalidade como um todo) é que seria o método de solução para as colisões entre princípios (PULIDO, 2005). Afinal de contas, a solução obtida unicamente pela adequação ou pela necessidade não importaria em sacrifício algum para o princípio preterido. Já a solução obtida pela etapa da ponderação importará em sacrifício para um dos princípios colidentes.

Feitas essas considerações, a primeira tarefa no sopesamento é *identificar o grau de afetação do princípio colidente P_2* , ou seja a intensidade da intervenção sofrida pelo princípio P_2 em dadas condições fáticas. O intérprete deve classificar a intensidade da intervenção como sendo leve (*l*), moderada (*m*) ou séria (*s*), atribuindo-lhes, respectivamente, o valor matemático de 2^0 , 2^1 ou 2^2 , de acordo com a escala triádica proposta por Alexy (2002, p. 37-43).

Em seguida, o intérprete deve *identificar o grau de importância da satisfação do princípio P_1 que pretende ser promovido*, naquelas mesmas condições fáticas. Esse grau de importância também deve ser rotulado como leve (*l*), moderado (*m*) ou sério (*s*), também lhes sendo atribuído, respectivamente, o valor matemático de 2^0 , 2^1 ou 2^2 .

A etapa seguinte é a avaliação da *segurança das suposições empíricas* que dizem respeito às consequências que a medida escolhida M_1 terá para a promoção do princípio P_1 e para a afetação do princípio P_2 .

Alexy sintetiza a importância de se analisar a segurança das suposições empíricas utilizadas na técnica através da segunda lei da ponderação, também chamada de *lei epistêmica do sopesamento*.

Essa lei guarda relação com a certeza das premissas que sustentam as conclusões sobre a intensidade da intervenção em P_2 e também sobre a importância da realização do princípio P_1 dentro das condições do caso concreto *C*.

A lei epistêmica do sopesamento tem o seguinte enunciado:

Cuanto más intensa sea una intervención em um derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que las sustentan (ALEXY, 2002, p. 55).

Para este par de variáveis, não se leva em consideração a importância de cada um dos princípios colidentes, nem em abstrato e nem no caso concreto. O que importa é segurança das prognoses empíricas que permitem ao intérprete avaliar se a medida M_1 afetará de forma leve, moderada ou intensa o princípio P_2 e se esta medida promoverá de forma leve, moderada ou intensa o princípio P_1 .

Desse modo, quanto maior o grau de incerteza das premissas, mais difícil será justificar a afetação de um direito fundamental pela utilização da medida escolhida. Por isso, se houver uma intervenção forte em um princípio de direito fundamental P_2 , será exigido um grande grau de segurança das premissas empíricas utilizadas para a justificação da medida escolhida M_1 .

A identificação do grau de segurança das suposições empíricas também se utiliza da escala triádica, classificando as suposições como certas (ou seguras), sustentáveis (ou plausíveis) ou não evidentemente falsas, atribuindo-lhes o valor, respectivamente, de 2^0 , 2^{-1} ou 2^{-2} , de modo que a força de um princípio cai à medida que aumenta o grau de incerteza das premissas que o apoiam (ALEXY, 2008b, p. 145-146).

Colocados todos os elementos que compõem a estrutura da ponderação, chega-se à “fórmula do peso”, proposta por Alexy para sintetizar e estruturar o exame da ponderação de direitos fundamentais³:

$$GP_{2,1}C = \frac{IP_2C \cdot SP_2C}{WP_1C \cdot SP_1C}$$

onde:

$GP_{2,1}C$ representa o peso concreto de P_2 nas condições C , quando sopesado relativamente ao princípio P_1 ;

IP_2C representa a intensidade da intervenção sofrida por P_2 no caso concreto.

SP_2C representa o grau de segurança epistêmica acerca da intensidade com que a medida M_1 intervém negativamente em P_2 no caso concreto;

WP_1C representa o grau de importância da satisfação de P_1 no caso concreto;

SP_1C representa o grau de segurança epistêmica acerca de quão intensamente a M_1 realiza P_1 no caso concreto.

Posta a estrutura da fórmula do peso, cabe agora analisar os três possíveis resultados que ela pode apresentar.

O primeiro, quando o valor de $GP_{2,1}C$ for maior do que 1, significa que é desproporcional a intervenção no princípio colidente P_2 causada pela medida M_x adotada no intuito de promover P_1 .

O segundo, quando o resultado obtido para $GP_{2,1}C$ for inferior a 1, significa que é justificável a intervenção no princípio colidente P_2 causada pela medida M_x a fim de promover P_1 . Nessas situações, a medida escolhida seria proporcional.

³ Para a colisão entre direitos fundamentais ora em análise, optou-se por utilizar a fórmula do peso em sua proposição simplificada, desconsiderando as variáveis relativas aos pesos abstratos dos princípios colidentes. Afinal de contas, tal qual se disse alhures, tanto a propriedade quanto a intimidade são princípios de direito fundamental, gozando do mesmo *status* constitucional, o que importaria na atribuição de pesos abstratos iguais a cada um deles. Se os pesos abstratos dos princípios colidentes são equivalentes, eles podem ser mutuamente cancelados em operação de simplificação, eliminando-se os pesos abstratos tanto no numerador quanto no denominador, conforme proposto por Robert Alexy (2008c, p. 603).

Finalmente, se o valor de $GP_{2,1}C$ for igual a 1, está caracterizado um empate. O empate representa uma situação de impasse, que atesta a existência de um espaço de discricionariedade estrutural para sopesar. Em outros termos: as razões a favor da não-proteção de um princípio são tão fortes quanto as razões para protegê-lo (ALEXY, 2002, p. 43-49).

Uma vez explicitados todos os elementos da fórmula do peso, é possível, agora, aplicá-la à situação concreta das revistas moderadas, a fim de que seja realizado o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, será analisada, em primeiro lugar, a variável IP_2C , ou seja, qual a intensidade da intervenção sofrida pela intimidade do empregado em razão das revistas moderadas?

Uma análise mais acurada das revistas moderadas leva à conclusão de que há, sem dúvida, prejuízo à intimidade do trabalhador quando um preposto do empregador visualiza o conteúdo de sua bolsa, de sua mochila ou de seus pertences. E esse prejuízo não pode ser tido como leve.

Afinal, são nas bolsas e nas mochilas que o trabalhador guarda e transporta seus objetos pessoais. Alguns desses objetos são levados ao local de trabalho por necessidade de saúde ou higiene. Outros, por simples conveniência pessoal.

Seja qual for a razão, aquilo que está guardado em uma bolsa está excluído do conhecimento do público em geral, por opção própria do indivíduo. Dessa forma, o conteúdo de uma bolsa revela dados próprios da esfera íntima de alguém, como por exemplo a condição financeira (através de cartões de crédito, talões de cheque e até mesmo a quantidade de dinheiro presente), a situação afetiva (cartões, fotografias, bilhetes pessoais), a vida sexual (preservativos, anticoncepcionais, objetos sexuais), a condição de saúde (receitas e medicamentos, que podem até ser de uso controlado) e outras inúmeras informações sobre a intimidade do indivíduo (absorventes íntimos, mudas de roupas íntimas, anotações, revistas, opção religiosa, preferência de consumo etc.).

É certo que nem todas as pessoas carregam todos esses objetos nas bolsas ou mochilas. Entretanto, a simples possibilidade de acesso de terceiros a quaisquer desses dados da vida pessoal já caracteriza uma intervenção no direito à intimidade.

Todas essas são questões que dizem respeito unicamente à intimidade do empregado, e só devem ser compartilhadas com aquelas pessoas escolhidas pelo indivíduo. Compartilhar essa informação com seu empregador, através de revistas, é procedimento que atinge a intimidade do empregado.

Contudo, essa intervenção não pode ser caracterizada como forte ou grave. Afinal de contas, o fiscal não tem contato tátil com o conteúdo da bolsa, já que uma das características das revistas moderadas seria justamente o exame apenas visual.

Forte ou grave seria a intervenção na intimidade causada pelo fiscal que manuseia o conteúdo das bolsas, que retira os objetos, que os expõe a outras pessoas ou a revista realizada em local impróprio.

Por isso, é tida como *moderada* a intervenção causada pelas revistas moderadas na intimidade do trabalhador.

No sopesamento objeto do presente estudo, portanto, tem-se que $IP_2C = 2^1$.

Já a variável WP_1C , que significa o grau de importância da satisfação de P_1 no caso concreto, tem o seu valor atribuído pela resposta à seguinte indagação: como as revistas moderadas (M_1) influenciam na proteção ao patrimônio do empregador (P_1)?

Para tanto, pode-se fazer uma pergunta inversa: como a *abstenção* das revistas moderadas poderia prejudicar a proteção ao patrimônio do empregador?

Já se apontou, em outro momento, que existem várias outras formas de proteção ao patrimônio do empregador as quais, apesar de não substituírem as revistas moderadas, podem ser utilizadas juntamente com elas no escopo de se evitarem danos à propriedade da empresa⁴. Isso, por si só, já serve para concluir que, caso não ocorram revistas moderadas, o patrimônio do empregador não ficará totalmente desguarnecido, pois essas outras medidas podem, em certo grau, conferir alguma proteção à empresa.

Em razão disso, já se afasta a possibilidade de se classificar como *forte* o grau de fomento à proteção do patrimônio do empregador pela utilização das revistas moderadas.

Além disso, pelas próprias limitações advindas do modo de realização das revistas moderadas (realizadas de modo somente visual, sem contato tátil, tendo por objeto apenas os pertences), a medida não representa uma proteção com alto grau de efetividade para o empregador.

Com efeito, mesmo com a realização de revistas moderadas, haveria a possibilidade de que algum trabalhador que tenha cometido ato ilícito conseguisse esconder algum objeto do empregador em sua bolsa, seja em um compartimento pouco visível (bolso interno), seja junto aos outros objetos pessoais que leva consigo. Afinal, nas revistas moderadas, os objetos não são retirados da bolsa e o fiscal não tem contato direto com o conteúdo.

Do mesmo modo, considerando que o fiscal não tem qualquer contato com o corpo do trabalhador, as revistas moderadas não serviriam para o empregador identificar objetos que estivessem ocultos nos bolsos ou sob as roupas do trabalhador.

Outro ponto de vulnerabilidade das revistas moderadas é que elas têm por alvo unicamente os trabalhadores. Os consumidores, que representam a grande parte das pessoas que transitam pelo estabelecimento, não sofrem qualquer tipo de revista.

Ora, se a medida protetiva somente pode evitar danos ao empregador advindo da menor parte das pessoas que transitam pelo ambiente, não há como considerá-la eficaz, já

⁴ A respeito da análise das medidas alternativas, remete-se ao detalhamento do exame da necessidade, no item 3.2).

que o patrimônio do empregador ainda permaneceria vulnerável a essa maior parte das pessoas que, pelo menos potencialmente, poderiam praticar algum ato ilícito.

Em razão disso, as revistas moderadas promovem apenas em um grau leve a proteção ao patrimônio do empregador. Assim, na fórmula do peso aplicável para as revistas moderadas, tem-se que $WP_1C = 2^0$.

O último par de variáveis diz respeito ao grau de segurança epistêmica das conclusões acerca do quanto as revistas moderadas afetam a intimidade do trabalhador (SP_2C) e promovem a proteção à propriedade do empregador (SP_1C).

A conclusão de que as revistas moderadas afetam a intimidade do trabalhador decorrem basicamente do senso comum e da própria definição da medida escolhida, sem maiores necessidades de estudos científicos para a fundamentação.

Assim, pode-se afirmar, *com segurança*, que se um terceiro está analisando o conteúdo da bolsa de um indivíduo, ele está tendo acesso a uma parte da intimidade deste.

A sociedade brasileira já não aceita esse tipo de violação à intimidade quando se trata de revista em bolsas de um consumidor. Tanto é assim que, na atualidade, não mais se encontram estabelecimentos comerciais que exijam que o consumidor abra a sua bolsa ao deixar a loja.

Por isso, o tratamento dado à bolsa de um empregado não pode ser diverso daquele que é dado aos clientes ou àqueles que simplesmente transitam no estabelecimento.⁵

Se a revista em bolsas macula a intimidade do consumidor, da mesma forma ela também maculará a intimidade do empregado.

Portanto, pode-se classificar como “certo ou seguro” o grau de segurança epistêmica no que diz respeito a como as revistas moderadas afetam a intimidade do trabalhador. Diz-se, na fórmula do peso, que $SP_1C = 2^0$.

A última variável pendente de quantificação é o grau de segurança epistêmica das conclusões acerca de como as revistas moderadas promovem a proteção à propriedade do empregador (SP_1C).

Aqui, também, a segurança das conclusões advém da própria descrição da medida escolhida. Com efeito, se as revistas moderadas não permitem ao fiscal manusear o conteúdo das bolsas, é seguro afirmar que elas não conferem um nível elevado de proteção ao empregador, já que a simples análise visual nem sempre vai permitir a identificação de todos objetos que estão sendo trazidos pelo trabalhador.

⁵ No acórdão que julgou o recurso ordinário no processo nº 00029-2009-001-20-00-5, do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, o relator Augusto César Leite de Carvalho, hoje Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, consignou em seu voto: “Se é indubitoso que a bolsa portada pela empregada é uma expressão de sua intimidade, um locus em que se guardam os seus guardados íntimos, o tratamento a ela dispensado deve ser, rigorosamente, aquele mesmo que se dispensa à bolsa da cliente da loja, ou das transeuntes enfim. O poder empresarial não pode menoscar o balizamento constitucional no âmbito da relação de emprego, por óbvio.”

Do mesmo modo, se, por definição, as revistas moderadas não permitem ao fiscal um contato com o corpo do empregado, ela acaba deixando várias brechas para possíveis lesões ao patrimônio do empregador.

Por isso, a conclusão de que as revistas moderadas promovem apenas de forma leve a proteção à propriedade do empregador goza de um grau de segurança considerável, podendo ser classificada como “*certa ou segura*”. Assim, $SP_2C = 2^0$.

Tendo sido atribuídos valores a todas as variáveis que compõem a fórmula do peso, pode-se reescrevê-la da seguinte forma, com base na situação concreta de ponderação que é objeto desta pesquisa:

$$GP_{2,1}C = \frac{2^1 \cdot 2^0}{2^0 \cdot 2^0} \rightarrow GP_{2,1}C = \frac{2 \cdot 1}{1 \cdot 1} \rightarrow GP_{2,1}C = \frac{2}{1}$$

Esgotadas todas as etapas da fórmula do peso, chega-se ao resultado de 2 para o peso concreto do princípio da proteção à intimidade nas situações de revista moderada, quando sopesado contra o princípio da proteção da propriedade do empregador, ou seja: $GP_{2,1}C = 2$

Sendo maior do que 1, o peso concreto do princípio da proteção à intimidade do trabalhador obstaculiza a utilização das revistas moderadas como forma de promover o princípio da proteção ao empregador.

As revistas moderadas são, portanto, *desproporcionais*, pois o grau de fomento que elas geram para a proteção à propriedade do empregador não é tão importante quanto o prejuízo que ela causa à intimidade do trabalhador. Em outras palavras: são mais fortes as razões que pesam *contra* a adoção das revistas moderadas do que as razões que justificam a escolha dessa forma de proteção ao patrimônio do empregador.

4 CONCLUSÃO

É bastante comum nos estabelecimentos comerciais do Brasil a adoção de revista nas bolsas e pertences do empregado como medida para proteger o patrimônio do empregador. Tal procedimento fiscalizatório traz, em seu bojo, um conflito entre dois princípios de direitos fundamentais: a intimidade do empregado e a propriedade do empregador.

Utilizando a Teoria dos Direitos de Fundamentais, tal qual concebida por Robert Alexy, as revistas moderadas foram submetidas ao exame da proporcionalidade, a fim de investigar a legitimidade da afetação que ela impõe à intimidade do trabalhador, sob a justificativa de proteção à propriedade da empresa.

Apesar de aprovada no primeiro teste da adequação, a fiscalização nas bolsas não logrou sucesso no teste da necessidade, pois existe outra forma de proteção à propriedade do empregador com menor prejuízo à intimidade do empregado. Essa medida alternativa

seria a disponibilização de armários individuais para os empregados em local separado daquele no qual estão expostos os produtos.

Tendo em vista que alguns estabelecimentos comerciais de pequeno porte não possuem espaço físico suficiente para disponibilizar armários individuais aos empregados em local adequado, a legitimidade das revistas moderadas para esses empregadores depende do exame da proporcionalidade em sentido estrito, recorrendo-se à fórmula do peso proposta por Robert Alexy.

O sopesamento revela que a intensidade da intervenção na intimidade do empregador causada pela revista moderada é maior do que o grau de proteção que ela confere à propriedade do empregador.

Desse modo, após todos os testes da proporcionalidade, chega-se a uma regra quanto à legitimidade das revistas moderadas, aplicável para supermercados e estabelecimentos comerciais de pequeno, médio e grande porte:

As revistas realizadas nas bolsas e pertences de empregados de supermercados ou de lojas de departamentos, com as características de 'revistas moderadas', são proibidas por violarem de forma desproporcional o princípio da proteção à intimidade do empregado.

Desse modo, se existirem revistas moderadas (hipótese), haverá violação desproporcional ao direito à intimidade do trabalhador (consequência).

Por possuir a estrutura normativa de uma regra, o resultado da ponderação realizada poderá ser aplicado através de simples subsunção para todas as situações fáticas que se enquadrem na noção de revistas moderadas.

Diferentemente do que se tem verificado nas decisões sobre as revistas moderadas, nas quais a solução é proclamada sem que se recorra aos três exames da proporcionalidade, a regra aqui enunciada é obtida após a exposição de cada um dos fatores relevantes para a resolução do conflito.

A exposição dos fatores relevantes e a utilização das técnicas próprias para a solução das colisões entre direitos fundamentais conferem racionalidade ao procedimento decisório e, ao mesmo tempo, dão-lhe maior legitimidade, pois permitem que a conclusão apresentada seja corrigida através da demonstração de que o valor de pelo menos uma das variáveis foi atribuído de forma equivocada na fórmula do peso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In: *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a, p. 55-69.

_____. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Ratio Juris, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003, p. 131-140.

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, p. 13-64, set./dez., 2002.

_____. *A fórmula peso*. In: Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b, p. 131-153.

_____. *Sobre a estrutura dos princípios*. Revista Internacional de Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey Editora, v. 3, p.155-167, jan./jun., 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008c.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. *Recurso ordinário nº 0002900-58.2009.5.20.0001*, Relator Juiz Augusto César Leite de Carvalho, 23 nov. 2009. Disponível em: <http://www.trt20.jus.br/pls/sap/mostra_pdf_sede?p_id=1172775&p_codigo=71033>. Acesso em 13 mar. 2014.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Los principios y la ponderación judicial: el rol del juez en el proceso del trabajo chileno*. Cadernos da Amatra. Porto Alegre, HS Editora, v. 4, n. 10, p. 165-187, jan./mar., 2009.

MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

PULIDO. Carlos Bernal. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. 2005. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1650/5.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr., 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros: 2004, p. 279.

