

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
DE EMPREGO**

**TACIANA ORLOVICIN GONÇALVES PITA**

**MESTRADO EM DIREITO FUNDAMENTAIS  
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

LISBOA  
2017

**TACIANA ORLOVICIN GONÇALVES PITA**

**RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.  
Área de concentração: Direitos Fundamentais

ORIENTADOR: Professor Doutor Jorge Reis Novais

LISBOA  
2017

**TACIANA ORLOVICIN GONÇALVES PITA**

**RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Jorge Reis Novais

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:  
Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Lisboa, \_\_\_\_\_.

Dedico este trabalho à minha família, Tiago e Isabella,  
por me fazerem a mulher mais feliz deste mundo.

*“O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.*

*No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.*

(Art. 29, nºs 1 e 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, França, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 27 mar. 2017.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me capacitar e me abençoar com tantos presentes divinos, me dando talvez além do que posso merecer.

Ao Tiago, pelo companheirismo e paciência que teve comigo ao longo desta trajetória.

À Isabella, por ter surgido na minha vida no meio desta empreitada, trazendo uma felicidade de difícil caracterização.

Aos meus pais, pelo legado de amor e perseverança.

Aos meus sogros, que me deram apoio nos momentos em que precisei.

Ao Prof. Dr. Jorge Reis Novais, por todos os ensinamentos transmitidos no decorrer do programa de mestrado.

## RESUMO

Os direitos fundamentais são a parte central de uma constituição democrática, pois é através da efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores nela reconhecidos. A Constituição brasileira de 1988 prevê um extenso rol de direitos fundamentais. O Título II se desdobra em cinco capítulos, desde o artigo 5º até o artigo 17, elencando, inclusive, no artigo 7º, os direitos fundamentais dos trabalhadores. Tais direitos passaram a ser amplamente protegidos com status de direitos fundamentais, essenciais, portanto, a todo trabalhador subordinado. Ocorre que, apesar de serem imprescindíveis, os direitos fundamentais não são absolutos e podem vir a sofrer restrições por normas existentes na própria Constituição, por leis ou por decisões judiciais. Como não se pode separar o trabalho daquele que o presta, os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, aumentando-se a probabilidade de limitação dos seus direitos fundamentais. Em que pese a ausência de previsão normativa sobre a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência brasileira a admitem, buscando justificar a legitimidade desse instituto jurídico por meio da teoria externa, teoria interna, teoria dos direitos fundamentais como princípios e da teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação. A escolha por uma concepção ampla ou restritiva da previsão normativa tem consequências na atividade jurisdicional preocupada com a proteção dos direitos fundamentais e influencia na definição de como controlar as restrições e na eficácia das normas que garantem direitos fundamentais. O objeto de estudo do presente trabalho é estabelecer uma interligação entre a teoria externa, teoria interna, teoria dos direitos fundamentais como princípios e da teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação e a restrição a direitos fundamentais dos empregados, em razão da necessidade de se consolidar, no Brasil, uma sistemática de controle dos atos restritivos comprometida com os chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, enquanto instrumento decisivo de controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Relação de emprego; Restrições a direitos fundamentais; Colisão de direitos; “Limites aos limites” dos direitos fundamentais.

## ABSTRACT

Fundamental rights are the central part of a democratic constitution, for it is through the realization of the fundamental subjective rights that Law achieves freedom and other values recognized in it. The Brazilian Constitution of 1988 provides for an extensive list of fundamental rights. Title II is divided into five chapters, from article 5 to article 17, also listing in article 7 the fundamental rights of workers. Such rights became widely protected, with the status of fundamental rights, essential, therefore, to every subordinate worker. However, besides being essential, fundamental rights are not absolute and may be subject to restrictions by existing norms in the Constitution itself, by laws or by judicial decisions. Since one cannot separate work from the one who renders it, the fundamental rights of the employees remain more subject to threats, increasing the probability of limiting their fundamental rights. In spite of the lack of normative provisions on the possibility of restricting fundamental rights, Brazilian doctrine and jurisprudence admits it, seeking to justify the legitimacy of this legal institute through external theories, internal theories, fundamental rights as fundamental principles and rights affected by a general immanent weighting clause. The choice of a broad or restrictive conception of normative prediction has consequences in the judicial activity concerned with the protection of fundamental rights and influences in the definition of how to control the restrictions and in the effectiveness of the norms that guarantee fundamental rights. The object of study of this work is to establish an interconnection between the external theory, internal theory, theory of fundamental rights as principles and the theory of fundamental rights affected by an immanent general weighting clause and the restriction imposed on the fundamental rights of the employees, due to the reason to consolidate in Brazil a system of control of restrictive acts committed to the so-called "limits to the limits" of fundamental rights, as a decisive instrument of constitutionality control.

**Keywords:** Fundamental Rights; Employment Relationship; Restriction on fundamental rights; Collision of rights; "Limit on the limits" of fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Uma breve distinção entre (dispositivo de direito fundamental), norma de direito fundamental e direito fundamental .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2 Dimensão objetiva e eficácia irradiante dos direitos fundamentais.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 Os direitos fundamentais e a doutrina de Jellinek.....</b>	<b>23</b>
<b>2.4 Classificação tripartite de direitos fundamentais.....</b>	<b>24</b>
<b>2.5 Distinção entre normas constitucionais que estabelecem direitos de liberdade e direitos sociais.....</b>	<b>26</b>
<b>2.6 Uma breve nota sobre o papel dos tribunais constitucionais na proteção dos direitos fundamentais em Estado democrático de Direito .....</b>	<b>29</b>
<b>3 RELAÇÃO DE EMPREGO .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 Relação de Trabalho versus Relação de Emprego.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2 Requisitos da relação de emprego/estrutura da relação empregatícia....</b>	<b>33</b>
<b>3.3 Empregado e empregador .....</b>	<b>36</b>
3.3.1 <i>Empregado.....</i>	36
3.3.1.1 Altos empregados .....	37
3.3.1.1.1 Ocupantes de cargos ou funções de confiança .....	37
3.3.1.1.2 Ocupantes de cargos ou funções de confiança do segmento bancário .....	38
3.3.1.1.3 Diretor .....	38
3.3.1.1.4 Sócio empregado .....	39
3.3.1.2 Empregado doméstico .....	40
3.3.1.2.1 Regime jurídico especial .....	40
3.3.1.2.2 Estrutura da relação empregatícia doméstica.....	41
3.3.3. <i>Empregado rural .....</i>	45
3.3.3.1 Regime jurídico especial .....	45
3.3.3.2 Estrutura da relação empregatícia rural .....	46
3.3.4 <i>Empregador .....</i>	47
<b>3.4 Os direitos fundamentais e a relação de emprego.....</b>	<b>48</b>
<b>4 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>51</b>
<b>4.1 Breve introdução acerca das restrições a direitos fundamentais .....</b>	<b>51</b>
<b>4.2 Restrições a direitos fundamentais e conceitos afins .....</b>	<b>54</b>
4.2.1 <i>Tipologia adotada no âmbito deste trabalho.....</i>	58
<b>4.3 Tipos de restrições a direitos fundamentais.....</b>	<b>59</b>
4.3.1 <i>Tipologia adotada no âmbito deste trabalho .....</i>	64
<b>5 TEORIAS DA PREVISÃO NORMATIVA.....</b>	<b>68</b>
<b>5.1 Âmbito de proteção e suporte fático .....</b>	<b>68</b>
<b>5.2 Suporte fático restrito .....</b>	<b>70</b>
5.2.1 <i>Principais críticas à teoria do suporte fático restrito.....</i>	75
<b>5.3 Suporte fático amplo .....</b>	<b>76</b>
5.3.1 <i>Principais críticas à teoria do suporte fático amplo .....</i>	79

5.4 Suporte fático intermediário .....	80
<b>6 TEORIAS DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>84</b>
6.1 Teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais: Interna, Externa, Direitos fundamentais como princípios e Direitos afetados por uma reserva geral imanente de ponderação .....	84
6.1.1 Teoria interna .....	84
6.1.1.1 Principais críticas à teoria interna .....	97
6.1.2 Teoria dos direitos fundamentais como princípios .....	97
6.1.2.1 Principais críticas à teoria dos direitos fundamentais como princípios .....	108
6.1.3 Teoria externa e teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação .....	109
6.1.3.1. Diferenças entre a teoria externa e a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação .....	124
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>150</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade a análise das restrições a direitos fundamentais com especial preocupação nas relações de emprego.

A Constituição brasileira prevê um extenso rol de direitos fundamentais. O Título II se desdobra em cinco capítulos, desde o artigo 5º até o artigo 17. Todavia, não há norma expressa no texto constitucional no que diz respeito a restrições a tais direitos.

Daí surgem os seguintes questionamentos: é possível/necessário o legislador ordinário ou uma decisão judicial restringir o que foi previsto pelo legislador constituinte? Como é possível o legislador ordinário restringir aquilo que lhe é hierarquicamente superior? Há limites para essa restrição?

A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem a restrição a direitos fundamentais e seus limites. Em face da ausência de previsão normativa sobre o tema, quais critérios são legítimos quando lidamos com as restrições e seus limites?

Existem várias teorias que se ocupam do tema: externa, interna, direitos fundamentais como princípios e direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação.

A relação de emprego é uma relação jurídica que envolve uma situação profissional firmada em um contrato de trabalho que origina direitos e deveres.

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: ser prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica.

Não é, portanto, qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do Direito do Trabalho, mas apenas aquela em que se encontram presentes os elementos mencionados no parágrafo anterior.

Ocorre que os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, pois a especificidade da relação de emprego não permite separar a pessoa do trabalhador (envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral). Logo, aumenta-se a probabilidade de limitação dos seus direitos fundamentais, exigindo, desse modo, uma atenção especial da respectiva tutela, ou seja, mostra-se especialmente relevante encontrar mecanismos que garantam a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa do trabalhador no contrato de trabalho.

Então, indagamos: quais os direitos fundamentais, enquanto pessoa, podem ter maior importância nesse contexto? É possível restringir os direitos fundamentais do trabalhador no contrato de trabalho?<sup>2</sup>

O parágrafo único do art. 26 da Lei Complementar 150, de 01 de junho de 2015, garante às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória no emprego por ocasião da gravidez.<sup>3</sup> Essa lei restringe o direito fundamental à intimidade e à privacidade do empregador ao determinar a reintegração forçada da empregada doméstica no âmbito residencial do empregador?

Os incisos IX, XIII e XVI do art. 7º da Constituição Federal brasileira (CF) de 1988<sup>4</sup> asseguram a todos os trabalhadores urbanos e rurais a remuneração do trabalho noturno superior à do noturno, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 horas semanais e a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50 por cento à do normal. Tratam-se de direitos fundamentais, pois esse artigo está incluído no título da Constituição Federal dedicado aos direitos fundamentais.

Entretanto, o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que:

---

2 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004, p. 393-400.

3 Parágrafo único do art. 26 da Lei Complementar 150/2015: “A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. (BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 21 nov. 2015 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46)> Acesso em: 8 set. 2016).

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

(...)

IX- remuneração do trabalho noturno superior à do noturno;

(...)

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;

(...).” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília:

Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)> Acesso em: 8 set. 2016).

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; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

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. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)  
Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994).<sup>5</sup> (BRASIL, 1994).

Logo, o caput desse artigo exclui os empregados que exercem atividade externa e os gerentes de todo capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, ou seja, esses empregados não têm direito à hora extra, ao adicional noturno, ao intervalo intrajornada etc.

Nesse diapasão, perguntamos: o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho restringe o direito fundamental ao adicional noturno, à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais e o consequente pagamento das horas extras dos empregados que exercem atividade externa e dos gerentes?

Imaginemos aqui o seguinte caso concreto: o empregador doméstico instala câmeras de vídeo na sua casa para monitorar o trabalho à distância da sua empregada doméstica, sem que esta tenha qualquer conhecimento da situação. O empregador doméstico descobre, por meio das imagens de vídeo, que a empregada doméstica maltrata seus filhos, motivo pelo qual a dispensa por justa causa. A empregada, ao saber do vídeo, sente sua intimidade e privacidade totalmente devastadas, razão pela qual ajuíza uma ação pleiteando indenização por danos morais.<sup>6</sup> O juiz que decide o conflito se vê diante de uma colisão de direitos

---

5 BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 8 set. 2016.

6 O trabalhador goza do direito à reserva da vida privada também quando executa a prestação de trabalho. Como afirma J.J Abrantes, “o trabalhador conserva no exercício da prestação laboral os direitos que lhe pertencem enquanto cidadão” (ABRANTES, José João. *Contrat de Travail et droits fondamentaux: Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, p. 55). Maria Do Rosário Palma Ramalho afirma que a regra geral em matéria de direitos fundamentais do trabalhador é a de que, pelo fato de celebrar um contrato de trabalho, o trabalhador não deverá ver diminuídos os direitos fundamentais que lhe assistem enquanto pessoa humana (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa*. In: *Estudos de Direito do Trabalho*. v. 1.

fundamentais<sup>7</sup>: direito de propriedade, o poder de vigiar e controlar a prestação de trabalho e o dever de proteção dos filhos *versus* direito à reserva da intimidade e da vida privada<sup>8</sup>.

Imaginemos outra situação: uma entrevistada deixar de ser contratada para trabalhar em uma residência e cuidar de crianças por ser adepta de uma determinada religião<sup>9</sup>, motivo pelo qual postula indenização por danos morais por se sentir discriminada. Direitos fundamentais em colisão: direito ao trabalho e à não discriminação *versus* direito à reserva da intimidade e vida privada familiar e o direito dos pais à educação dos filhos da maneira que melhor lhes aprouver.

Diante desses conflitos, só há duas soluções possíveis: deferir ou indeferir o pedido de indenização por danos morais e, para chegar a um desfecho, cabe ao juiz, mediante uma ponderação racional, estabelecer precedência de um direito sobre o outro, ou seja, atribuir um peso maior a um deles.

Assim, a sentença do juiz que atribuiu peso maior a um dos direitos fundamentais restringe o direito fundamental do outro indivíduo que teve seu direito fundamental considerado de peso menor?

O objetivo deste trabalho é tentar responder a esses questionamentos, verificando se esses atos emanados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário são restrições e de que tipos, destacadamente, enquadrar esses citados exemplos no

---

Lisboa: Almedina, 2003, p. 157-158).

7 “Configura-se uma situação de ‘colisão de direitos’ quando, num caso concreto, a proteção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais” (ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed. Cascais: Princípia, 2011, p. 126).

8 A proteção da vida privada no Direito Constitucional, de acordo com o professor Alexandre Sousa Pinheiro, “tem, necessariamente, que ver com os modos como esta pode ser atingida pelos meios, designadamente técnicos existentes e pelo lugar que os direitos fundamentais ocupam dentro da axiologia constitucional” (PINHEIRO, Alexandre Sousa. *As relações entre o direito à informação e a reserva da vida privada nos meios de comunicação*. Audiovisual: conflito e critérios de solução. 1995. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995, p. 89).

9 Saliente-se que o artigo 41, n. 3, da Constituição da República portuguesa estabelece que: “Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder”. (PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 15 fev. 2016).

O professor Sousa Pinheiro defende que: “Numa sociedade democrática e pluralista, o Direito tenta conciliar as diversas correntes de pensamento de forma a assegurar a todos a possibilidade de viver de acordo com os ditames da sua consciência, sem que isso comprometa a unidade do grupo” (PINHEIRO, Alexandre Sousa. *As relações entre o direito à informação e a reserva da vida privada nos meios de comunicação*. Audiovisual: conflito e critérios de solução. 1995. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995, p. 88).

âmbito das principais teorias doutrinárias de restringibilidade dos direitos fundamentais, quais sejam, externa, interna e direitos fundamentais como princípios, para, assim, concluir qual das teorias é a que garante maior eficácia aos direitos fundamentais dos protagonistas desta relação – empregado e empregador.

Para tanto, dividimos o trabalho em cinco capítulos.

O primeiro capítulo trata da distinção entre norma de direito fundamental e direito fundamental, da dimensão objetiva, subjetiva e eficácia irradiante dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais e a doutrina de Jellinek. Destina-se, também, à classificação tripartite de direitos fundamentais e à distinção entre normas constitucionais que estabelecem direitos de liberdade e direitos sociais. Traz, ainda, uma breve distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais e uma sucinta nota sobre o papel dos tribunais constitucionais na proteção dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo refere-se à diferença entre relação de trabalho e relação de emprego, à estrutura da relação empregatícia e à caracterização de empregado e empregador.

O terceiro capítulo é dedicado ao conceito de restrição a direitos fundamentais e traz uma classificação no que tange aos tipos de restrições.

O quarto capítulo cuida da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais, abordando os argumentos e críticas das principais teorias doutrinárias sobre o assunto (previsão normativa restrita, ampla e ampla mitigada).

No quinto capítulo, será analisado o problema central na investigação deste relatório, que é o estudo das teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais (teorias interna, externa, direitos fundamentais como princípios e direitos fundamentais afetados por uma reserva geral imanente de ponderação) e o respectivo enquadramento de alguns tipos de restrições que se desenvolvem na relação empregatícia no âmbito dessas teorias.

A conclusão geral do trabalho é dedicada, por fim, ao sexto capítulo.

## 2 DIREITO FUNDAMENTAL

### 2.1 Uma breve distinção entre (dispositivo de direito fundamental), norma de direito fundamental e direito fundamental

Os direitos fundamentais formam um grupo complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas<sup>10</sup> e podem ser considerados por diversas perspectivas. Podem ser vistos como direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser tidos como os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, ou seja, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; e também podem ser vistos como direitos essenciais da pessoa num certo tempo, em todos os lugares ou em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista.<sup>11</sup>

De acordo com o professor Jorge Miranda, os direitos fundamentais são os direitos inerentes:

(...) à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como a base principal da situação jurídica de cada pessoa, dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.<sup>12</sup> (MIRANDA, 2000, p. 10).

Os direitos fundamentais constituem limites externos ao poder do Estado, pois “estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente”.<sup>13</sup>

Como o objeto deste trabalho é analisar as restrições dos Poderes Públicos a direitos fundamentais nas relações de emprego, não se adentrará na problemática da delimitação material do conteúdo de direito fundamental. É claro que se necessita

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 118.

11 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.17-37.

12 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

13 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora Unesp e Brasiliense, 1991, p. 15-16.

de um conceito adequado de direitos fundamentais que permita operar no campo da previsão normativa e das teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais e é o que se procura fazer neste capítulo.

A norma constitucional é geral e abstrata e só adquire verdadeira normatividade através da sua aplicação ao caso concreto mediante: (a) criação de uma disciplina regulamentadora estabelecida em ato legislativo; (b) sentença ou decisão judicial; (c) prática de atos individuais pelas autoridades. Logo, os agentes do processo de concretização possuem um papel fundamental, pois é por meio deles que a norma entra em contato com a realidade. A importância do papel desempenhado pelos agentes do processo de concretização assume uma de suas manifestações mais relevantes em relação à norma constitucional em face do seu caráter aberto, indeterminado e polissêmico.<sup>14</sup>

Na esteira de tais considerações, mostra-se importante distinguir dispositivo de direito fundamental, normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais.

Os dispositivos constitucionais são o enunciado semântico ou programa da norma, tal como literalmente expresso no texto constitucional. A norma de direito fundamental é o resultado ao qual se chega após a interpretação do enunciado semântico do dispositivo que veicula o texto constitucional.<sup>15</sup>

Normas de direitos fundamentais em sentido lato são aquelas que dizem respeito a direitos fundamentais (normas sobre o regime dos direitos fundamentais ou sobre outras normas) e normas de direitos fundamentais em sentido próprio são aquelas que criam ou reconhecem direitos fundamentais (“todos têm direito...” ou “a todos são reconhecidos os direitos...”). As estruturas formais das normas de direitos fundamentais são bem diferentes, pois podem expressar positiva ou negativamente o reconhecimento de um direito ou de um valor e podem impor positiva ou negativamente uma obrigação, mas todas as normas de direitos fundamentais compreendem na imposição de deveres e obrigações ao Estado que resultam, para os particulares, posições de vantagem juridicamente tuteladas, isso é, os direitos fundamentais.<sup>16</sup>

---

14 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1221.

15 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

16 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 51-54.

O direito fundamental seria o resultado final a que se chega depois de concluído um itinerário metodológico que começa, numa primeira fase, com a análise do dispositivo jusfundamental onde consta expressamente o enunciado da norma, passando à consideração do âmbito da norma e chegando-se ao entendimento de qual seja a norma efetivamente (conhece-se a norma jusfundamental em questão). Em uma segunda etapa, passa a norma jusfundamental a ser analisada sob o enfoque da teoria interna (limites imanentes), teoria externa (sistema de reservas), teoria dos direitos fundamentais como princípios (Alexy), com o intuito de se delimitarem o conteúdo do direito fundamental e a extensão do âmbito de proteção da norma jusfundamental e analisar se a hipótese fática de que trata o caso concreto nele se inclui e, conseqüentemente, goza da proteção jusfundamental. Em caso positivo, da normatividade gerada pela proteção jusfundamental da norma, resulta o direito fundamental em definitivo.<sup>17</sup>

Assim, os direitos fundamentais asseguram uma proteção em âmbitos diferenciados da vida. Esse âmbito de proteção do direito fundamental se desenvolve na sua dimensão objetiva e subjetiva.<sup>18</sup> De cada uma delas, se tratará a seguir.

## **2.2 Dimensão objetiva e eficácia irradiante dos direitos fundamentais**

De acordo com a teoria liberal, os direitos fundamentais atuavam como limites ao poder do Estado, que impunha a este um dever jurídico de abstenção. Os direitos fundamentais eram visualizados a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica<sup>19</sup>, ou seja, eram vistos apenas como garantias jurídicas da liberdade e determinação individual.

A dimensão subjetiva é pensada do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, ou seja, não se pode negar ao titular do direito fundamental a busca de uma tutela estatal preventiva ou

---

17 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

18 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56.

19 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133.

reparatória para o caso do Estado ou do particular adotarem conduta contrária a esse valor.<sup>20</sup>

Ocorre que, no âmbito da teoria do Direito Constitucional, tem sido admitida a noção de que a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, uma vez que também correspondem a decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam por todo ordenamento jurídico.<sup>21</sup>

Nesse sentido, Perez Luño informa que: “*Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas*”.<sup>22</sup>

A dimensão objetiva seria uma espécie de mais-valia, no sentido de dotar as normas jusfundamentais de maior carga de juridicidade.<sup>23</sup>

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais funda-se na ideia de que os direitos fundamentais impõem prestações aos poderes estatais e consagram os valores de uma comunidade política. Logo, esses valores “devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>24</sup>

Assim, os Poderes Públicos, além de se absterem de violar os direitos fundamentais, devem protegê-los das agressões e ameaças advindas de terceiros, assegurar as condições mínimas para o exercício das liberdades constitucionais e formatar seus órgãos com o objetivo de propiciar e proteger, da forma mais ampla possível, os direitos fundamentais.<sup>25</sup> Em outras palavras, os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, determinando aos órgãos estatais a

---

20 CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

21 SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 186.

22 “Os direitos fundamentais se apresentam em direito constitucional como um conjunto básico de valores objetivos (a doutrina alemã qualifica, portanto, de Grundwert) e em determinado momento como um marco para a proteção de situações jurídicas subjetivas” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 20). (tradução nossa).

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144.

24 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134.

25 *Ibidem*, p. 135.

obrigação de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões dos poderes dos particulares e até mesmo por parte de outros Estados.<sup>26</sup>

A partir do caso Lüth<sup>27</sup>, na Alemanha, em 1958, a doutrina alemã desenvolveu a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção. Segundo essa teoria:

Os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.<sup>28</sup> (SARMENTO, 2004, p. 141-142).

Os direitos fundamentais passam a ser o eixo gravitacional do ordenamento jurídico<sup>29</sup> e, na sua condição de direitos objetivos, oferecem estímulos e diretrizes para aplicação e avaliação dos direitos infraconstitucionais, acarretando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo ordenamento jurídico<sup>30</sup>.

O Estado também possui deveres de proteção, isso é, deve não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também proteger seus titulares diante de ameaças e lesões oriundas de terceiros através de providências normativas, administrativas e materiais<sup>31</sup>, ou seja, os Poderes Públicos possuem uma dupla função em decorrência dos deveres de proteção: veda-se toda e qualquer atuação dos Poderes Públicos que resulte em ofensa aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por ação (sentido negativo); a vinculação obriga aos Poderes

---

26 SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 201, p. 186.

27 Tratava-se de discussão quanto à legitimidade de um boicote organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, contra um filme dirigido pelo cineasta nazista Veit Harlan. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram sucesso na Justiça Estadual de Hamburgo, que determinou a cessação. Lüth interpôs queixa constitucional no Tribunal Constitucional, que acolheu o recurso, com base nas cláusulas gerais de direito privado, ao argumento de que estas têm de ser interpretadas com fulcro na ordem de valores a qual se assenta a Constituição. (BverfGE 7, 198, *In*: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141).

28 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141-142.

29 *Ibidem*, p. 155-156.

30 SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 186.

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

Públicos (legislador, administrador e julgador) a concretizarem e efetivarem os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (sentido positivo)<sup>32</sup>.

Os direitos fundamentais são agora contemplados não apenas como direitos de defesa contra os excessos e infrações do Poder Público, mas também como valores que se impõe a toda a sociedade (sem prejuízo da autonomia privada de cada um) e que repercutem nas relações privadas e adquirem relevância jurídica em face dos poderes particulares.<sup>33</sup>

A eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia externa é uma manifestação específica da eficácia irradiante. Diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para Sarlet (2009), ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, na qual os direitos de defesa tinham como finalidade proteger o indivíduo da interferência dos Poderes Públicos no âmbito privado, no Estado social de Direito, a liberdade individual, em face da presença de desigualdades no seio da sociedade, carece não apenas de proteção dos Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes, pois é nessa esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas<sup>34</sup>, trazendo à baila a existência de duas teorias quanto à vinculação dos particulares: a direta e a indireta.

A teoria da eficácia imediata, direta ou vertical, comandada originalmente por Nipperdey e Leisner, funda-se na premissa de que, constituindo os direitos fundamentais normas válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, o direito privado não pode constituir “uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”.<sup>35</sup>

Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007) defendem, com fulcro no art. 18º nº1 da Constituição da República portuguesa (CRP), a imposição direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem qualquer limitação. Eles sequer admitem a restrição da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas que englobem um elemento de poder, mas tão somente que, nos vínculos privados, o princípio da autonomia privada possa ser utilizado para justificar algumas

---

32 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

33 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 34.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 377-378.

35 *Ibidem*, p. 379.

restrições aos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Jorge Miranda (2000) admite a imposição direta dos direitos fundamentais nas relações privadas em face da inadmissibilidade de diferenças qualitativas da ordem jurídica na proteção de valores sociais fundamentais, principalmente se forem relações de poder, destacando a dificuldade dessa imposição no âmbito privado, pela diferença que subjaz aos vínculos públicos e aos vínculos privados, como também pela necessidade de equacionar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada, sugerindo a resolução dessas questões por via tópica.<sup>37</sup>

Por outro lado, Menezes Cordeiro (1999) abraça a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas por meio da aplicação dos princípios civis gerais, como a boa-fé ou abuso do direito, e faz depender essa eficácia de juízos de adequação funcional e de adequação axiológica do direito em causa à situação concreta.<sup>38</sup>

A solução apresentada por J.J Abrantes (2000) em sua monografia sobre o tema faz apelo à estrutura do próprio vínculo de trabalho. O autor retira da estrutura do vínculo empregatício o argumento para a solução dos problemas de colisão entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a autonomia privada, bem como outros direitos fundamentais do empregador. Para ele, considerando que o vínculo de emprego é uma relação de poder – pela posição subordinada que o trabalhador nela ocupa –, a solução desse conflito necessita passar por uma interpretação dos princípios negociais (a autonomia privada e a boa-fé no cumprimento dos contratos) que limite ao mínimo o sacrifício dos direitos fundamentais e busque restabelecer o equilíbrio entre as posições das partes no vínculo laboral.<sup>39</sup>

A teoria da eficácia mediata, indireta ou horizontal, que toma como base as premissas do alemão Dürig, os direitos fundamentais, essencialmente os chamados direitos de defesa, somente seriam aplicados no âmbito das relações privadas após um processo de transmutação que consiste na aplicação, interpretação e integração

---

36 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 384 e ss.

37 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 320 e ss.

38 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo I. Coimbra: Almedina, 1999, p. 158 e ss.

39 ABRANTES, José João. *Contrat de Travail et droits fondamentaux: Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, p. 67 e ss., 131 e ss., 152 e ss.

das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado sob a ótica dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Nessa senda, destacam-se duas situações quanto aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, ou seja, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre indivíduos e os detentores do poder social – como, por exemplo, a relação de emprego<sup>41</sup> – e, de outro lado, as relações estabelecidas entre os particulares em geral, situadas fora das relações de poder. No que concerne à primeira situação, existe relativo consenso quanto à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, em decorrência da semelhança que guardam com as relações entre indivíduo e Estado. No que tange à segunda hipótese, há consenso de que todos, particulares e Estados, se encontram vinculados por um dever geral de respeito, prevalecendo, no entanto, o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver ameaçada<sup>42 43</sup>.

Segundo Sarlet (2009), os direitos fundamentais, com exceção daqueles que têm como destinatário apenas o Estado, vinculam diretamente as relações privadas, com maior ou menor intensidade, o que dependerá da circunstância do caso concreto, devendo ser tratado de forma similar às hipóteses de colisão de direitos

---

40 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 379.

41 O fato de o trabalhador poder invocar o seu direito à intimidade e privacidade perante o empregador no quadro da situação jurídica laboral remete à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 381.

43 Nesse sentido, vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 257-260.

fundamentais<sup>44</sup>, ou seja, almejando-se uma solução baseada na ponderação de interesses<sup>45</sup>.

Em suma, corrobora-se com a assertiva de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais somente justifica-se: a) quando a relação privada ocorre entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, uma vez que tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o Poder Público (eficácia vertical); ou b) na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade quando há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica. E, duas das consequências desse entendimento são: a) o trabalhador beneficia-se do regime especial de proteção de que o direito à reserva da intimidade e privacidade goza enquanto direito fundamental; e b) impende sobre o legislador laboral, quando da elaboração de leis trabalhistas, não violar o conteúdo essencial do direito fundamental à reserva da intimidade e vida privada. Essas duas consequências determinam a necessidade de uma intervenção legislativa destinada a harmonizar os direitos fundamentais do trabalhador com os direitos e interesses do empregador constitucionalmente protegidos. Essa segunda consequência citada, ou seja, a resolução dos conflitos mediante intervenção legislativa, passa, não raramente, pela restrição dos direitos fundamentais em conflito, que constitui objeto de investigação do presente trabalho.<sup>46</sup>

Portanto, a dimensão objetiva determina a reinterpretação do ordenamento jurídico, atua no controle de constitucionalidade, atribui a eficácia revogatória de

---

44 Há diferença entre colisão e concorrência de direitos fundamentais. Existe concorrência de direitos fundamentais quando “a mesma pretensão subjectiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum de seus segmentos preencham, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas”. A concorrência de direitos pode consistir: a) cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é inserido no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos possui, em certa medida e em certos segmentos limitados, uma “cobertura” normativa igual; b) acumulação de direitos fundamentais: um certo “bem jurídico” conduz à acumulação, na mesma pessoa de vários direitos fundamentais. Aqui, o problema aparece quando vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes.

Por outro lado, a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui, estamos perante um “choque”, um verdadeiro conflito de direitos. (CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.Coimbra: Almedina, 2003, p. 1268-1271).

45 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 383.

46 FESTAS, David Fernandes de Oliveira. *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*, Relatório de Direito do Trabalho apresentado na Universidade de Lisboa, 2003, p. 13, nota de rodapé 25.

normas anteriores infraconstitucionais e pauta a conduta do Estado e de entes privados com uma eficácia irradiante também nas relações privadas, que reconhecem uma posição jurídica subjetiva negativa (impedindo lesões) e outra positiva quanto à promoção desses direitos, observada a “reserva do possível” no que tange aos direitos sociais.<sup>47</sup>

Por exemplo, a Constituição Federal brasileira prevê o trabalho como um direito fundamental social, o que induz à ideia de que o Estado tem não apenas a missão política, mas também o dever jurídico de agir no plano social para proteger os trabalhadores da violação de seus direitos fundamentais por atos dos empregadores.

### 2.3 Os direitos fundamentais e a doutrina de Jellinek

De acordo com a doutrina de Jellinek, os direitos fundamentais garantem aos indivíduos várias posições jurídicas em relação ao Estado, posições estas denominadas status.<sup>48</sup>

Quando o indivíduo se encontra em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso, a sujeição –, situa-se em um status passivo<sup>49</sup>. Aqui, o indivíduo possui obrigação para com o Estado<sup>50</sup>.

O status negativo relaciona-se ao âmbito da liberdade individual, onde as ações são livres, pois não estão ordenadas ou proibidas, isso é, tanto sua omissão como sua realização são permitidas.<sup>51</sup>

Já o status positivo refere-se à esfera na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado. Quanto maior o status positivo, menor o status negativo. Cada novo dever imposto significa uma diminuição no campo de liberdade do indivíduo. Trata-se de uma relação de contradição entre ambos os status.<sup>52</sup>

---

47 CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

48 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 135.

49 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 256-257.

50 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 136.

51 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-262.

52 *Ibidem*, p. 263-267.

O status positivo atribui capacidades jurídicas ao indivíduo para exigir do Estado prestações positivas, isso é, para reclamar para si algo a que o Estado está obrigado ou exigir do Estado uma conduta de conteúdo negativo (uma abstenção).<sup>53</sup>

Por fim, para que o indivíduo esteja inserido no status ativo, a ele “devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural”<sup>54</sup>, ou seja, nesse status, o cidadão recebe competências para participar do Estado, com o objetivo de formar a vontade estatal<sup>55</sup>.

A teoria do status busca demonstrar que os direitos fundamentais constituem o conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que outorgam ao cidadão diferentes posições jurídicas frente ao Estado. Essas posições podem se apresentar intrincadas, de modo a conferir ao indivíduo feixes de pretensões e obrigações que não de ser analisadas em cada caso concreto.<sup>56</sup>

Para o desenvolvimento deste trabalho, o importante é compreender que as posições elementares do indivíduo dentro da sociedade são conhecidas por meio de normas fundamentais que proíbem, ordenam ou facultam comportamentos, organizando, desse modo, o exercício da liberdade, sendo imprescindível um estudo sobre as possibilidades de intervenção do Estado no quadro organizatório dos direitos fundamentais, como medida protetiva desta liberdade.<sup>57</sup>

## 2.4 Classificação tripartite de direitos fundamentais

A natureza e o tipo dos bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais são muito diferenciados, uma vez que podem estar relacionados a faculdades, posições jurídicas garantidas, atributos ou capacidades jurídicas, o que possibilita aos autores inúmeras tipologias.

O alemão Robert Alexy (2008) propõe uma classificação tríplice que decorre de um estudo analítico sobre o conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, considerando que um direito pode apresentar-se estruturalmente sob as três

---

53 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 136.

54 JULLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 138 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 268.

55 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 136.

56 *Ibidem*, p. 137.

57 *Ibidem*, p. 137-138.

modalidades, ou duas, ou uma. Um direito deve sempre ser visto como um feixe de possibilidades de comportamentos, sejam estes imperativos ou facultativos, inter-relacionados sempre.<sup>58</sup>

Para tanto, dividem-se os direitos fundamentais em<sup>59</sup>:

a) direitos a alguma coisa (enquanto pretensões individuais a ações ou omissões por parte do Estado<sup>60</sup>), que se subdividem em:

a.1) direitos de defesa ou direitos a ações negativas do Estado. São considerados típicos direitos de defesa (*Abwehrrechte*) dos indivíduos frente ao Estado ou aos demais cidadãos. O direito a um ato negativo do Estado pode manifestar-se igualmente pelo direito à não intervenção em situações jurídicas subjetivas ou à não eliminação de posições jurídicas<sup>61</sup>; e

a.2) direitos a ações positivas ou direitos a prestações em sentido amplo – aqui se enquadram os direitos sociais. Esses direitos traduzem sempre uma prestação, de natureza fática (por exemplo quando um indivíduo exige do outro uma prestação material) ou de natureza normativa (as garantias institucionais, por exemplo, que sempre reclamam uma prestação de índole positiva e geram para o Estado o dever de legislar).<sup>62</sup>

b) liberdades (enquanto alternativa de comportamento, faculdade de o seu titular fazer ou não-fazer). Para a proteção ampla da liberdade, é imprescindível um tipo de norma de direito fundamental que garanta a liberdade do indivíduo em relação a uma questão x ou y para que uma norma infraconstitucional não possa vir a proibir ou prescrever como obrigatórios esses comportamentos<sup>63</sup>; e

c) competências (enquanto possibilidades de o seu titular alterar a situação jurídica através de ações próprias). As competências não são imperativos de fazer ou não fazer. Elas conferem mais poderes aos cidadãos, na medida em que aumentam

---

58 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 138.

59 Divisão adotada por ALEXY. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-247.

60 Por exemplo: para a realização da pretensão (direito à vida), é necessária uma ação negativa (o Estado não pode matar) e uma ação positiva (o Estado tem de proteger a vida do indivíduo. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 139-140.

61 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 140-141.

62 MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

63 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 143.

seu campo de ação e, conseqüentemente, a sua liberdade, requerendo do legislador que não só obstaculize o seu exercício pelos titulares, mas que também promova medidas tendentes a conferir-lhes eficácia.<sup>64</sup>

Para este trabalho, será levada em conta a distinção entre direito fundamental como um todo ou como direito principal e cada uma das prestações e deveres particulares a ele associados (relação jurídica que se estabelece entre cidadão e Estado relativamente a cada uma das pretensões e deveres, e relação entre titular do direito e o bem protegido pela norma e a natureza da margem de ação que a norma constitucional impõe aos órgãos estatais), pois trata-se de uma distinção tradicionalmente consagrada na doutrina e jurisprudência.<sup>65</sup>

## **2.5 Distinção entre normas constitucionais que estabelecem direitos de liberdade e direitos sociais**

Os direitos de liberdade (ou direitos individuais) são chamados direitos de primeira geração, pois nasceram com a Revolução Francesa e com a Revolução Americana. São aqueles direitos que permitem ao seu titular fazer alguma coisa, adotar certa conduta ou comportamento, cabendo aos demais, assim como ao Estado, respeitar isso. Por exemplo, o direito à vida é um direito de liberdade por excelência, porque consiste no direito de se escolher um modo de vida fruto de concepções e vontades próprias, cabendo a todos e ao Estado respeitar essa escolha. É um direito de prestação negativa, ou seja, ele implica num não fazer, não cercear o comportamento do indivíduo. O Liberalismo, vigente na época, atinha a individualidade em alta estima, pois uma de suas pretensões era o exercício dela na lógica de mercado, ou seja, a expressão econômica da individualidade. Em resumo, esses direitos compõem um fazer algo em exercício da individualidade cuja contraprestação é negativa.

No que concerne aos direitos sociais, a situação muda em todos os aspectos. O titular desse direito social exige que alguém realize algo em seu proveito. Por exemplo, ele reclamará que a Administração Pública promova a saúde, a segurança

---

64 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 145.

65 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 132.

e a educação pública. O grande devedor dos direitos sociais é o Estado (como deve ser mesmo), mas ele não é o único. A seguridade social, por exemplo, de acordo com o art. 195, da Constituição Federal brasileira, é um dever de todos, enquanto o art. 7º da mesma Constituição estabelece que os direitos sociais devem ser promovidos pelo empregador. Portanto, embora o Estado seja o principal devedor de tais direitos, essa obrigação também pode ser imposta a outros.

Percebe-se que a realização de um direito social implica fazer algo em favor de alguém, razão pela qual se fala em ações positivas, ou seja, prestações positivas (concretizar-se algo). Com os direitos sociais, o que se quer não é garantir a individualidade, mas um mínimo social para todos, de modo que a palavra-chave deixa de ser liberdade e passa ser igualdade. São direitos de segunda geração, surgidos no final do século XIX e início do século XX, quando se criou o Estado do bem-estar social, que consiste na busca em dar um mínimo existencial a todos.

Nos direitos de liberdade, a própria norma constitucional estabelece uma área delimitada de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental e impõe aos poderes estatais a obrigação de acatar e garantir a inviolabilidade e possibilidades jurídicas de realização e concretização do poder de autodeterminação individual direta ou indiretamente reconhecido. Nos direitos sociais, o seu conteúdo não é determinado ou determinável pela norma constitucional. Impõe essa obrigação aos órgãos competentes do Estado. A norma constitucional impõe um dever de prestar cuja realização não se encontra na inteira disponibilidade do Estado por depender de requisitos materiais e financeiros. Por consequência, a norma constitucional não pode garantir ao titular – real ou potencial – do direito fundamental, uma quantidade jurídica determinada de acesso ao bem protegido.<sup>66</sup>

Ocorre que o direito constitucional fundamental de liberdade pode carecer de regulamentação do legislador ordinário ou ainda estar sujeito a uma reserva do politicamente oportuno (quando, como e quanto). Com efeito, os deveres que incumbem ao Estado nos direitos de liberdade são independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais, isso é, dependem exclusivamente da vontade dos poderes constituídos observarem os preceitos constitucionais. A

---

66 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 133-134 e 137.

satisfação é imediatamente exigível, mas pode não significar exequibilidade imediata.<sup>67</sup>

Por outro lado, o condicionamento material dos direitos sociais faz deles direitos sob reserva do possível (o Estado tem o dever jusfundamental de, “tanto quanto possível, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos”).<sup>68 69</sup>

Para alguns autores, aqui surge o princípio do não retrocesso social ou proibição de contrarrevolução social. Segundo o professor Canotilho (2003), esse princípio nada pode fazer frente às crises económicas, mas “limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (...) em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural”.<sup>70</sup>

Em sentido oposto, o professor Jorge Reis Novais (2003), para quem “a invalidade de actuação dos poderes constituídos funda-se na violação do princípio da confiança ou da segurança jurídica próprios de Estado de Direito e não já numa pretensa violação do princípio da proibição do retrocesso”.<sup>71</sup> Não se entende por qual motivo estariam os direitos sociais protegidos por um pretense e nebuloso princípio constitucional da proibição do retrocesso social quando, paralelamente, ninguém alega a existência de um princípio constitucional da proibição do retrocesso liberal...<sup>72</sup>

O Estado está tão obrigado, e do mesmo modo, a salvaguardar o direito à saúde quanto o direito à integridade física, o direito à habitação e o direito à liberdade

---

67 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 134- 135.

68 Ibidem, p. 138.

69 Se o legislador constituinte consagra os direitos sociais como fundamentais num Estado social e democrático de Direito isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes públicos – legislativo, executivo e judicial - estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais enquanto direitos fundamentais constitucionais. Logo, gozam, a priori, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo seu conteúdo, assim com os direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável “mínimo social”. Para Novais, os direitos sociais devem ser pensado como trunfos contra a maioria. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 86 e ss). Já o professor Coutinho entende que os direitos os sociais devem ser vistos como compromissos da comunidade. (COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. *Direito&Política*, Loures, n. 1, p. 75-81, out.-dez. 2012).

70 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

71 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, nota, p. 138.

72 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 85.

religiosa, pois, em qualquer desses planos, existe uma absoluta identidade de consequências normativas.<sup>73</sup>

Por mais que se possa diferenciar conceitualmente o que seja direito de liberdade e direito social, a distinção não pode ser extremada. Por mais que conceitualmente sejam diferentes, são ideias interligadas. A sonegação dos direitos sociais impede o exercício dos direitos de liberdade, pois a efetivação deles cria as condições materiais para que sejam exercidos, de maneira consistente, os direitos de liberdade.

Nessa lógica, os direitos de liberdade atraem prestações negativas e os direitos sociais atraem prestações positivas, o que está correto. Entretanto, nenhuma prestação é totalmente positiva ou totalmente negativa. Por exemplo, no caso do direito à educação, exige-se que o Estado preste o serviço, porém, ao prestá-lo, terá que respeitar a liberdade de crença dos alunos.

Isso demonstra que, ao prestar os direitos sociais, o Estado, como qualquer outro, tem de observar os direitos de liberdade. Assim, para respeitar a liberdade de pensamento (que é um direito individual), o Estado deve promover a educação. Portanto, os direitos de liberdade e sociais compõem um sistema.

## **2.6 Uma breve nota sobre o papel dos tribunais constitucionais na proteção dos direitos fundamentais em Estado democrático de Direito**

O papel dos tribunais na proteção dos direitos fundamentais está intimamente conectado às origens dos direitos fundamentais e à origem do Estado constitucional.<sup>74</sup>

Há muito se desenvolveu a concepção de que o primeiro direito fundamental tenha sido histórica e materialmente o habeas corpus e, conseqüentemente, o gozo desse direito apenas estaria assegurado se houvesse um órgão estadual capaz de garantir a aplicação imparcial da lei ao caso concreto, mediante processo jurídico regular, ou seja, um tribunal independente, vinculado somente a um preceito normativo de decisão previamente determinado e insuscetível de ser alterado em função do caso concreto. E, junto a esse primeiro direito fundamental, eclodiu a

---

73 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 303.

74 PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e como princípio constitucional apud ALEXANDRINO, José Melo. O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 359.

separação dos poderes, a independência do Poder Judiciário e a ideia de que os direitos fundamentais apenas têm real eficácia se houver um órgão capaz de os sobrepor aos atos legislativos de outros órgãos.<sup>75</sup>

Nessa senda, a partir do momento que, em determinados ordenamentos, os juízes passaram a declarar nulas as leis que contrariassem a Constituição, os tribunais alcançaram um patamar mais elevado e daí decorreram duas consequências: o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo passaram a ocupar o mesmo patamar e o Poder Judiciário, como concebeu Montesquieu, não poderia mais ser visto como um poder nulo.<sup>76</sup>

A Constituição passa a valer como norma jurídica, disciplinando o modo de produção das leis e dos atos normativos e estabelecendo certos limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação do Estado. Predomina a centralidade da Constituição e a supremacia constitucional, sendo esta vista como a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.<sup>77</sup>

Assim, o ápice da relação entre os direitos fundamentais e o poder constitucional ocorre com a criação dos tribunais constitucionais e a gradual transformação destes em “tribunais dos direitos fundamentais”.<sup>78</sup>

No Estado de Direito democrático, a pessoa humana, por meio da Constituição, passou a ser destinatária dos direitos fundamentais de defesa e de prestação. Todavia, os Poderes Legislativo e Executivo têm deixado de garantir os direitos fundamentais, razão pela qual se tem utilizado cada vez mais o Poder Judiciário para concretização desses direitos.<sup>79</sup>

Os direitos fundamentais estão diretamente conectados com o Estado de Direito democrático. O Estado de Direito democrático exige os direitos fundamentais e os garante, enquanto os direitos fundamentais têm sua função democrática.<sup>80</sup>

---

75 PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e como princípio constitucional apud ALEXANDRINO, José Melo. O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 359-360.

76 Idem.

77 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 240.

78 ALEXANDRINO, José Melo, *O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 360.

79 PELICOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ltr, 2008. p. 39-40.

80 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República portuguesa anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 306.

Um Estado de Direito é um Estado ligado à observância de determinados valores, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais desempenham papel primordial.

Logo, tendo em vista a proteção desses valores indispensáveis à existência do Estado de Direito democrático, a presença de uma justiça constitucional mostra-se imprescindível.<sup>81</sup>

O grande papel de um tribunal constitucional<sup>82</sup> é proteger e promover os direitos fundamentais, assim como preservar as regras do jogo democrático. Intervenção eventual contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos primordiais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia<sup>83</sup>.

Nos dizeres de Suzana de Toledo Barros:

Se se estabelece uma argumentação jurídica aceitável a favor de uma solução e não de outra, não há perigo de nivelação da proteção constitucional dada a diferentes valores, porquanto sempre se estará diante de uma condição específica sob a qual será estabelecida uma regra de precedência. Disso decorre apenas a necessidade de que haja uma decisão final dotada de autoridade acerca da ponderação levada a efeito. Por isso, diz ALEXY, não há nada de estranho que essa autoridade seja o Tribunal Constitucional, já que o Parlamento não pode ser juiz em causa própria.<sup>84</sup> (BARROS, 2003, p. 212).

Nos dias de hoje, a existência de uma justiça constitucional em democracia é vista como algo natural, pelo simples motivo de que, desde que se tem democracia, tem-se justiça constitucional: “quando chegamos à democracia, logo instituímos e praticamos, com efectividade, a justiça constitucional”<sup>85</sup>.

---

81 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 17.

82 No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

83 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 250.

84 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 212.

85 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141.

### 3 RELAÇÃO DE EMPREGO

#### 3.1 Relação de Trabalho versus Relação de Emprego

Relação de trabalho compreende todas as relações jurídicas<sup>86</sup> que possuem como característica uma prestação centrada em uma obrigação de fazer concretizada em labor humano<sup>87</sup>, isso é, onde houver empenho da energia humana, ali haverá trabalho, sob qualquer condição, a título gratuito ou oneroso, com ou sem subordinação às ordens alheias, de forma repetitiva ou ocasional<sup>88</sup>. A expressão tem caráter genérico e compreenderia, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual etc. Trata-se de gênero em que se englobam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo atual<sup>89</sup>.

A relação de trabalho *lato sensu* (o trabalho autônomo, o avulso, o eventual, entre outros) não se confunde com a relação de trabalho *stricto sensu*.<sup>90</sup> A relação de emprego é uma das modalidades específicas da relação de trabalho. É dotada de natureza contratual, pois é gerada pelo contrato de trabalho<sup>91</sup>.

Assim, apenas a relação de emprego atrai a aplicação do Direito do Trabalho. A tutela dos trabalhadores fora da relação de emprego é inoperante. O mercado de trabalho informal, por sua vez, desenvolve-se em um cenário dramático.<sup>92</sup>

Entretanto, para que o trabalho atinja o patamar de emprego, é imprescindível que a atividade seja revestida dos requisitos legais, quais sejam: subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade, conforme será explanado no tópico seguinte.<sup>93</sup>

---

86 Adotamos aqui o conceito de relação jurídica de Domingues de Andrade, isso é, “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”. (DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1997, p. 2).

87 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 285.

88 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 6.

89 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 285-286.

90 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2005, p. 200.

91 Idem.

92 Idem.

93 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 6.

### 3.2 Requisitos da relação de emprego/estrutura da relação empregatícia

No Brasil, os pressupostos da relação empregatícia estão previstos no caput art. 3º combinado com o caput do art. 2º da CLT.

O caput do art. 3º dispõe: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.<sup>94</sup>

E o caput do art. 2º estabelece: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços”.<sup>95</sup>

Daí se extraem os requisitos fático-jurídicos constitutivos da relação de emprego, isso é, trabalho efetuado por pessoa física a um tomador qualquer sob subordinação, com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.<sup>96</sup>

Assim, para que o trabalho atinja o patamar de emprego, faz-se necessário que a atividade seja revestida das exigências legais em torno da subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade.<sup>97 98</sup>

Combinados esses pressupostos em uma certa relação socioeconômica, nasce a relação de emprego, juridicamente caracterizada.<sup>99</sup> Na falta de um deles, a relação de trabalho não será regida pelo Direito do Trabalho.<sup>100</sup>

Passa-se à análise desses pressupostos a seguir.

**a) Trabalho por pessoa física** – A prestação de serviços deve ser efetuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho importam à pessoa física (vida, saúde, integridade, etc.), não podendo ser

---

94 BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

95 BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

96 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 290.

97 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 6.

98 Para Vólia Cassar, faz-se imprescindível, ainda, a presença de mais um requisito: o empregado não correr o risco do empreendimento. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 261.

99 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 290-291.

100 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2005, p. 237.

usufruídos por pessoa jurídica. Apenas o empregador pode ser pessoa física ou jurídica – jamais o empregado.<sup>101</sup> A atividade humana é indissociável da pessoa do empregado, o que justifica a intervenção do Estado na edição de normas imperativas destinadas a proteger sua liberdade e personalidade.<sup>102</sup>

**b) Pessoalidade** – O empregado tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente.<sup>103</sup> A prestação de serviços, pela pessoa natural, deve ter caráter de infungibilidade, no que tange ao obreiro. A relação jurídica deve ser *intuitu personae* com relação ao trabalhador, que não poderá fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador durante o contrato de trabalho<sup>104</sup>, ou seja, o contrato é firmado com certa e determinada pessoa.<sup>105</sup> Isso quer dizer que aquele indivíduo foi escolhido por suas qualificações pessoais ou virtudes (formação técnica, acadêmica, perfil profissional, personalidade etc.). Contrata-se o meio (empregado) pelo qual se obtém o resultado final (serviço), o trabalhador é mero instrumento desse resultado.<sup>106</sup>

Nessa senda, a obrigação de prestar serviços é intransmissível, ou seja, não se transmite a herdeiros ou sucessores. A morte do empregado encerra, automaticamente, o contrato entre as partes. Importante salientar que a eventual substituição consentida, permitida pelo empregador, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador. Citem-se as substituições permitidas por lei, tais como férias, licença gestante, etc.<sup>107</sup> Isso significa que o empregado pode ser trocado por outro empregado, por escolha do empregador ou com o consentimento deste, mas não pode fazer substituir livremente por alguém da sua própria escolha, estranhos ao quadro da empresa e sem o consentimento do empregador.<sup>108</sup> Nesses casos, o contrato apenas se suspende ou se interrompe, sem descaracterização da pessoalidade.<sup>109</sup>

---

101 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 291.

102 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2005, p. 237.

103 Ibidem, p. 200.

104 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 291-292.

105 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 262.

106 Ibidem, p. 262.

107 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 292-293.

108 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 263.

109 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006,

Esse pressuposto, na relação empregatícia doméstica, é analisado com menos rigor, pois esse empregado trabalha em âmbito domiciliar, em que o auxílio de familiares é normal e vem sendo permitido, sem, contudo, descaracterizar o vínculo empregatício (espécie de aquiescência tácita)<sup>110</sup>, ou seja, isso não descaracteriza a relação de emprego com o contratado nem a configura com o ajudante atual<sup>111</sup>.

Por fim, ressalte-se que a personalidade é o elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No que concerne ao empregador, vigora a diretriz da despersonalização da figura do empregador (arts. 10 e 448 da CLT).<sup>112</sup>

**c) Não-eventualidade** – o trabalho prestado deve ter caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação de serviço é, inclusive, expressão utilizada pela Lei n. 5859/72 (Lei do Trabalho Doméstico), que se refere a “serviços de natureza contínua”. Nesse caso, a diferença de expressões teria decorrido da intenção legal de não enquadrar na figura técnico-jurídica do empregado doméstico o trabalhador eventual doméstico, conhecido como diarista. A doutrina não é uníssona quanto ao sentido exato do alcance desse requisito, construindo diversas teorizações acerca do assunto. As principais teorias sobre o tema são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.<sup>113</sup>

A teoria da descontinuidade defende que eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto, que se fracione no tempo. Todavia, tem-se entendido que essa teoria foi claramente rejeitada pela Consolidação das Leis ao Trabalho ao preferir adotar a expressão negativa – serviços de natureza não-eventual – em vez de se utilizar da expressão positiva – serviço de natureza contínua –, usada na Lei do Doméstico.<sup>114</sup>

---

p. 292.

110 MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v.2, 4. ed, São Paulo: LTr Editora, 1993, p. 111.

111 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 265.

112 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 293.

113 Ibidem, p. 294-295.

114 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 294-295.

Mozart Victor Russomano (1990) defende a teoria da eventualidade quando conceitua trabalho eventual como “aquele que depende de acontecimento incerto, casual, fortuito (...)”.<sup>115</sup>

Já Délio Maranhão defende a teoria dos fins do empreendimento, destacando que:

Circunstâncias transitórias, porém, exigirão algumas vezes admita-se o trabalho de alguém que se destina a atender a uma necessidade, que se apresenta com caráter de exceção dentro do quadro das necessidades normais do empreendimento. Os serviços prestados serão de natureza eventual e aquele que os prestar – trabalhador eventual – não será empregado.<sup>116</sup> (MARANHÃO, 1987, p. 49-50),

E aponta o autor que a “(...) aferição da natureza eventual dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa”.<sup>117</sup>

Já Amauri Mascaro Nascimento (1989) é adepto da teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços. Informa que “eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles”.<sup>118</sup>

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado, ressalta que, nesse contexto, o operador jurídico deve combinar os elementos resultantes das teorias acima destacadas para definir a ocorrência ou não da eventualidade.<sup>119</sup>

### **3.3 Empregado e empregador**

#### *3.3.1 Empregado*

---

115 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. vol. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12.

116 MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 49-50.

117 Ibidem, p. 50.

118 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 300.

119 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 294-295.

No tópico acima, estudam-se os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador). Reunidos, portanto, esses cinco requisitos, será empregado o prestador de serviços.<sup>120</sup>

O conteúdo da prestação de serviços configura, em regra, qualquer obrigação de fazer, física e juridicamente possível. O que diferencia o contrato de emprego de outras figuras sociojurídicas próximas é o modo de concretização dessa obrigação de fazer.<sup>121</sup>

### 3.3.1.1 Altos empregados

#### 3.3.1.1.1 Ocupantes de cargos ou funções de confiança

Os empregados ocupantes de cargos ou funções de confiança são regidos pelo art. 62, II e parágrafo único da CLT, *in verbis*:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:  
(...)

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.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)<sup>122</sup>. (BRASIL, 1943).

Logo, empregado que exerce cargo ou função de confiança é aquele que possui atribuições de gestão, mando, fiscalização e punição, normalmente, sem limites, de forma autônoma, substituindo o próprio empregador e recebe 40% a mais do valor do salário percebido na função ou cargo efetivo. São caracterizados como altos empregados por se confundirem com o próprio empregador. Um único ato desses empregados poderá colocar em risco a atividade fim do empregador e sua

---

120 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 347.

121 *Ibidem*, p. 348.

122 BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

existência. Esses empregados estão excluídos de qualquer limite de jornada, bem como de todo Capítulo II “Da Duração do Trabalho”<sup>123</sup>.

### 3.3.1.1.2 Ocupantes de cargos ou funções de confiança do segmento bancário

O parágrafo 2º do art. 224 da CLT estabelece que:

Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

(...)

§ 2º - As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo.<sup>124</sup> (BRASIL, 1943, grifo nosso).

A caracterização do cargo de confiança bancária é específica, não se confundindo com a caracterização tipificada no art. 62 consolidado.<sup>125</sup>

O empregado que exerce cargo ou função de confiança é aquele que possui atribuições de gestão, mando, fiscalização e punição e que perceba gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo. Tem poderes restritos, com limitações ou alçadas, não importando a quantidade de afazeres de confiança, mas, sim, a intensidade desta, que é limitada. Atos desse tipo de empregado podem ocasionar enormes prejuízos, mas jamais colocam em risco a atividade fim do empregador e sua existência.<sup>126</sup> Esses empregados estão excluídos da jornada de seis horas e incluídos na regra geral de oito horas diárias.

### 3.3.1.1.3 Diretor

123 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 314-317.

124 BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

125 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 355.

126 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 314-317.

Inicialmente, há de se distinguir o diretor, recrutado externamente à entidade empresarial com alta qualificação profissional, do empregado, alçado a diretor da mesma organização que sempre se vinculou empregaticamente.<sup>127</sup>

O diretor possui “inquestionável soma de poderes, mando, gestão, representação, concentrando em sua pessoa o núcleo básico e central do processo decisório cotidiano da organização empresarial envolvida(...)”.<sup>128</sup>

No que tange ao empregado que é alçado a diretor da mesma organização que sempre se vinculou empregaticamente, filia-se ao entendimento de Antero de Carvalho e Octavio Bueno Magano (1996) que sustentam que “a eleição não altera a situação jurídica do empregado que continua, como empregado, a desfrutar dos direitos inerentes a essa condição”.<sup>129</sup> E, quanto ao diretor recrutado externamente, deve-se verificar, no caso concreto, a existência de subordinação (se tidos como presentes os demais elementos fático-jurídicos da relação de empregado). É necessário que se comprove uma intensidade especial de ordens sobre o diretor recrutado, de modo a assimilar essa figura jurídica ao trabalhador subordinado.<sup>130</sup>

#### 3.3.1.1.4 Sócio empregado

A figura do sócio e a do empregado podem se encontrar sintetizadas na mesma pessoa física. É o que ocorre em sociedades anônimas, sociedades limitadas ou sociedade comandita por ações.<sup>131</sup>

Todavia, em casos situados na zona grise, mostra-se necessário aferir a intensidade de afirmação de uma figura sobre a outra.<sup>132</sup>

Nesse sentido, Messias Pereira Donato (1981) assevera que: “Tudo depende da intensidade de sua participação. Perderá a qualidade de empregado no momento

---

127 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 356-357.

128 Idem.

129 MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v. II, 2. ed. São Paulo: Ltr, 1996, p. 117-118.

130 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 359.

131 BARRETO, Roberto Prado. *Tratado de Direito do Trabalho*. v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 88.

132 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 361.

em que, pela sua interferência nos interesses da sociedade, nele sobrepujar o sócio, animado pelo *affectio societatis*”.<sup>133</sup>

### 3.3.1.2 Empregado doméstico

#### 3.3.1.2.1 Regime jurídico especial

O contrato de trabalho entre empregado e empregador doméstico é sujeito à regulamentação especial, mas isso não descaracteriza a relação de trabalho subordinado, nem afasta o âmbito do Direito do Trabalho. Trata-se de um contrato especial, sujeito à regulamentação adequada às suas peculiaridades.<sup>134</sup>

A especialidade do regime se justifica, quando comparada ao modelo geral do contrato de trabalho regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista o acentuado caráter pessoal, com o conseqüente clima de confiança e em virtude das particularidades das atividades e da própria relação.<sup>135</sup>

A Consolidação das Leis do Trabalho – aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – excluiu, expressamente, os empregados domésticos do âmbito de suas normas protetivas (CLT, artigo 7º, alínea “a”<sup>136</sup>).

A regulamentação do contrato de emprego doméstico é feita pela Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015.<sup>137</sup>

A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, parágrafo único) assegurou alguns direitos aos empregados domésticos e a Emenda Constitucional (EC) nº 72 de 2013 alterou a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para

133 DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 122.

134 FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiros. *Direito do Trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 157-158.

135 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 697 e ss.

136 Art. 7º da CLT: “Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;

(...)” (BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

137 BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 21 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46)> Acesso em: 10 set. 2016.

estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

No que tange à vigência do art. 7º, “a” da CLT, após a Emenda Constitucional nº 72, destacam-se duas correntes doutrinárias. A primeira defende que o art. 7º, alínea “a”, continua em vigor e é aplicado parcialmente ao doméstico, por falta de revogação expressa, somado ao fundamento do contrato doméstico ser regido por lei própria. A segunda corrente sustenta que esse artigo da CLT está revogado e fulminado pela atual Emenda Constitucional nº 72 de 2013, haja vista que o caput da emenda diz o motivo a que veio<sup>138</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou a respeito do tema.

### 2.3.1.2.2 Estrutura da relação empregatícia doméstica

A palavra “doméstico” deriva do latim *domus* – casa, razão pela qual foi inserido no conceito que doméstico é o trabalhador que executa seus serviços na casa do patrão.<sup>139</sup>

O vínculo de emprego doméstico, além de alguns dos elementos fáticos-jurídicos genéricos necessários para a configuração de qualquer relação empregatícia, quais sejam, ser prestado por pessoa física, com personalidade, não-eventualidade ou continuidade<sup>140</sup> mediante subordinação e onerosidade, necessita de mais três elementos especiais: finalidade não lucrativa, ser prestado à pessoa ou família e âmbito residencial de prestação laborativa.

---

138 Caput da Emenda Constitucional nº 72 de 2013: “Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.” (BRASIL. Emenda Constitucional N. 72, de 02 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. *Diário Oficial*, Brasília, 03 de abril de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm)> Acesso em 10 set. 2016).

139 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 348.

140 No Brasil, a Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015, exige para a caracterização do emprego doméstico, requisito mais rígido do que o preconizado no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, no que concerne à permanência no trabalho, o que se observa pelo uso do vocábulo “contínua” no art.1º lei do doméstico no lugar da “não-eventualidade”, leia-se habitualidade, preconizada pelo diploma consolidado. Assim, por contínua, há de se entender a repetição na prestação de serviço, sem interrupções, ou seja, de forma que a atividade detenha uma manifestação contínua pelos dias passíveis de labor, ressalvados os repousos semanais e eventuais dias de feriados, quando o trabalho afigura-se, em regra, proibido. Dessa forma, o labor em duas vezes por semana não atende o requisito da continuidade, conforme expresso na mencionada lei, diferenciando o emprego doméstico do diarista.

A ausência de finalidade lucrativa revela que o trabalho deve ser realizado fora de qualquer contexto econômico, ou seja, sem qualquer ligação com qualquer empreendimento de que participe o empregador.

Quanto ao trabalho ser prestado à pessoa ou família, insta salientar que, no ordenamento jurídico português, a lei prevê situações enquadráveis no contrato de serviço doméstico, como a prestação de trabalhos do mesmo tipo a pessoas coletivas de fins não lucrativos, ou por conta destas aos agregados familiares, estabelecendo, ainda, que, à falta de outra cobertura normativa, lhes seja aplicável o mesmo regime com adaptações. Trata-se de trabalho equiparado a doméstico. Ainda, o n.º 3 do art. 2º do Decreto-Lei nº 235/92<sup>141</sup>, de 24 de outubro, exclui do regime do trabalho doméstico os serviços prestados em regime *au pair*.<sup>142</sup>

No Brasil, apenas a pessoa física pode ocupar o polo passivo dessa relação jurídica especial, não existindo a possibilidade de a pessoa jurídica ser tomadora de serviço doméstico.

No que tange ao âmbito residencial de prestação laborativa, o trabalho doméstico tem de ser direcionado unicamente às necessidades familiares em âmbito residencial e à manutenção do lar, isso é, em ambiente que esteja vinculado à vida pessoal do indivíduo ou da família. Logo, somente se justifica validamente a contratação desse tipo de atividade quando não há exploração da energia de trabalho para finalidade diversa que não a da absorção dos afazeres da casa onde vive a família, sendo vedada a utilização do trabalhador para qualquer tipo de tarefa que esteja ligada à produção de atividade econômica, destacadamente se com intuito lucrativo. O empregado doméstico, portanto, labora para a família no local de sua convivência: a residência.<sup>143</sup>

---

141 Decreto-Lei nº 235/92, art. 2º, n.º 3: “Não se considera serviço doméstico a prestação de trabalho com carácter accidental, a execução de uma tarefa concreta de natureza intermitente ou o desempenho de trabalhos domésticos em regime *au pair*, de autonomia ou de voluntariado social” (PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro de 1992. Estabelece O Regime Jurídico Das Relações De Trabalho Emergentes Do Contrato De Serviço Doméstico. *Diário da República* - I SÉRIE - A, Lisboa, 24 out. 1992. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1992/10/246A00/49464951.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2017).

142 Para Filipe Fraústo da Silva, “trata-se de prestação heterodeterminada de serviços, contra o pagamento de retribuição, mas em que esta é exclusivamente satisfeita em espécie (alojamento, alimentação), eventualmente completada por dinheiro de bolso, mas em que está ausente toda a nota de profissionalidade. O objectivo primeiro do trabalhador *au pair* é obter alojamento temporário com terceiros, a quem, em contrapartida, se dispõe a servir limitadamente, e não a obtenção de uma ocupação profissional”. (SILVA, Filipe Fraústo da. Serviço doméstico, intimidade e despedimento. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra: Almedina, n. 3 e 4, Ano XLII (XV da 2ª Série), p. 280-281, jul-dez. 2001).

143 CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006.

Com efeito, no vínculo doméstico, há uma acentuada personalização da figura do empregador – diferentemente da relação ordinária de emprego, na qual vigora a impessoalidade em relação à figura do empregador – e uma inserção do empregado doméstico na esfera mais interior da vida privada do empregador. A simples presença de um empregado doméstico no ambiente familiar expõe a intimidade e privacidade do empregador, direitos fundamentais estes assegurados pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, X).<sup>144 145</sup>

Então, pergunta-se: a simples realização do contrato de emprego doméstico não lesiona os direitos fundamentais da intimidade e privacidade do empregador?<sup>146</sup>

Para Otavio Calvet (2006), a voluntariedade do empregador na contratação do trabalhador viabiliza o reconhecimento de uma restrição a esses preceitos, permitindo que um estranho presencie tais aspectos da intimidade e privacidade.<sup>147</sup>

Como se pode perceber, existe uma peculiaridade muito destacada na relação de emprego doméstico, ou seja, a confiança existente na prestação de serviço que é muito mais acentuada nessa forma de relação empregatícia, haja vista que o empregado doméstico encontra-se inserido diretamente na vida familiar do empregador, partilhando de sua intimidade, havendo quem diga que se confunde, muitas vezes, com um membro da família, razão pela qual, nessa relação, os conflitos de ordem pessoal são mais corriqueiros e peculiares do que numa relação de emprego comum, onde a relação pessoal não é tão afluada.

Logo, a inserção do trabalhador doméstico no âmbito residencial do empregador justifica tratamento diferenciado em relação ao regime geral<sup>148</sup>, tendo em

Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

144 CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

145 O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, em seu artigo 11 § 2º preconiza: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San Jose, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 10 set. 2016)

146 CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

147 Idem.

148 Para Filipe Fraústo da Silva, “(...) Os desvios ao regime laboral comum, que se de detectam no regime do serviço doméstico, serão mecanismos institucionais parcelares dessa tutela, e como tal, e apenas na medida de sua efectividade na persperctiva dessa tutela, podem e devem ser aceitas, no quadro constitucional da igualdade e em face dos direitos fundamentais dos trabalhadores em geral aí consagrados. É no confronto entre o direito pessoal fundamental (cf. n.º1 do art. 26º e o art. 34º da Const.) à intimidade da vida privada e familiar e inviolabilidade do seu domicílio, e os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, que estes haverão, se necessário, de ceder na medida do necessário à protecção daquela, repondo a igualdade material a partir da diferenciação do regime”. (SILVA, Filipe

vista a necessidade de defesa da intimidade da vida privada e a inviolabilidade de domicílio<sup>149</sup> do empregador doméstico.

A tutela da intimidade da vida privada proíbe a divulgação do segredo doméstico, haja vista que o empregado mantém contatos diários com as pessoas servidas no exercício de suas funções, podendo, assim, interferir na privacidade destas, sendo inerente à profissão de doméstico a adoção de uma conduta de resguardo desses valores, conforme se espera da boa-fé objetiva que também informa o contrato de trabalho, inclusive, o ordenamento jurídico português consagra que constitui justa causa de despedimento toda violação do segredo doméstico por parte do trabalhador (artigo 30, alínea “j”, do Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de outubro<sup>150</sup>).

A consequência mais importante da tutela da intimidade da vida privada do empregador na relação de emprego doméstica é a de não se impor ao empregador doméstico a reintegração do trabalhador ilicitamente dispensado.<sup>151</sup>

Em Portugal, a intimidade do empregador restou plenamente assegurada<sup>152</sup>, tanto que não se impõe ao empregador doméstico a reintegração do trabalhador ilicitamente dispensado, que pressupõe acordo entre as partes (artigo 31, nº 1, do

---

Fraústo da. Serviço doméstico, intimidade e despedimento. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Almedina, n. 3 e 4, Ano XLII (XV da 2ª Série), p. 274-275, jul-dez. 2001).

149 “Os limites do domicílio privado coincidem com a esfera onde cada homem se pode recolher, pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas” (SOUSA, Capeloi de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 317).

150 Art. 30: “Constituem justa causa de despedimento por parte do empregador, entre outros, os seguintes factos e comportamentos do trabalhador:

(...)

j) Quebra de sigilo sobre qualquer assunto de que tenha conhecimento em virtude da convivência decorrente da natureza do contrato e de cuja revelação possa resultar prejuízo para a honra, bom nome ou património do agregado familiar;

(...)” (PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro de 1992. Estabelece O Regime Jurídico Das Relações De Trabalho Emergentes Do Contrato De Serviço Doméstico. Diário da República – I SÉRIE - A, Lisboa, 24 out. 1992, Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1992/10/246A00/49464951.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2017).

151 SILVA, Filipe Fraústo da. Serviço doméstico, intimidade e despedimento. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Almedina, n. 3 e 4, Ano XLII (XV da 2ª Série), p. 275, jul-dez. 2001).

152 O art. 16 do Código do Trabalho Português tutela expressamente a reserva da intimidade e da vida privada, tanto do empregador, como do empregado doméstico: “1 – O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada; 2 – O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.” (PORTUGAL. LEI N. 7, de 12 fev. 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Diário da República, IS. n 30, Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaonacion02.html>> Acesso em: 21 abr. 2017).

Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de outubro<sup>153</sup>), admitindo-se que a indenização possa ser agravada até o dobro, quando provado o dolo do empregador (art. 31, nº 2, do Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de outubro<sup>154</sup>).

No Brasil, a Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015, assegura às domésticas o direito à estabilidade provisória no emprego por ocasião da gravidez (art. 26, parágrafo único<sup>155</sup>). Esse preceito determina a reintegração forçada da doméstica no seio familiar do empregador doméstico.

Nesse diapasão, surgem as seguintes perguntas: essa norma brasileira restringe o direito fundamental da intimidade e privacidade do empregador doméstico? E, se positivo, trata-se de uma restrição legítima?

### 3.3.3. *Empregado rural*

#### 3.3.3.1 Regime jurídico especial

O contrato de trabalho entre empregado e empregador rural é sujeito à regulamentação especial, mas isso não descaracteriza a relação de trabalho subordinado, nem afasta o âmbito do Direito do Trabalho.

---

153 Art. 31.1 “O despedimento decidido com alegação de justa causa e que venha a ser judicialmente declarado insubsistente, não havendo acordo quanto à reintegração do trabalhador, confere a este o direito a uma indenização correspondente à retribuição de um mês por cada ano completo de serviço ou fracção, decorrido até à data em que tenha sido proferido o despedimento, nos casos de contrato sem termo ou com termo incerto, e às retribuições vincendas, nos casos de contrato com termo certo.” (PORTUGAL. Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de Outubro de 1992. Estabelece O Regime Jurídico Das Relações De Trabalho Emergentes Do Contrato De Serviço Doméstico. Diário da República – I SÉRIE - A, Lisboa, 24 out. 1992. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1992/10/246A00/49464951.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2017).

154 Art. 31.2 “Quando se prove dolo do empregador, o valor da indemnização prevista no número anterior será agravado até ao dobro” (PORTUGAL. Decreto-Lei nº 235/92, de 24 de Outubro de 1992. Estabelece O Regime Jurídico Das Relações De Trabalho Emergentes Do Contrato De Serviço Doméstico. Diário da República – I SÉRIE - A, Lisboa, 24 out. 1992. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1992/10/246A00/49464951.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2017).

155 Parágrafo único do art. 26 da LC 150/2015: “A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. (BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 21 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46)> Acesso em: 10 set. 2016).

A regulamentação do contrato de emprego rural é feita pela Lei do Trabalho Rural (Lei nº 5.889/73) e seu Regulamento Normativo (Decreto nº 73.626/74).

A Constituição Federal de 1988 veio fixar, em seu art. 7º, caput, uma quase plena paridade entre os dois segmentos empregatícios do país (São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...)<sup>156</sup>

### 3.3.3.2 Estrutura da relação empregatícia rural

O empregado rural apresenta, além dos mesmos elementos fático-jurídicos integrantes da relação de emprego (pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação), dois elementos fáticos jurídicos especiais.<sup>157</sup>

O primeiro reside na vinculação a um tomador de serviços rurais e o segundo consiste na circunstância de o trabalho ser prestado em imóvel rural (zona geográfica situada no campo) ou prédio rústico (imóvel geograficamente classificado como urbano, com atividades nitidamente agropastoril).<sup>158</sup>

Valentin Carrion (2003)<sup>159</sup> entende que basta apenas um elemento fático jurídico especial para definir o empregado rural: trabalhar para empregador rural. Da mesma forma entende Sérgio Pinto Martins (2001)<sup>160</sup>.

O art. 3º da Lei nº 5.889/73 e o art. 2º do Decreto 73.626/74 definem empregador rural como sendo:

A pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados<sup>161</sup> Esclarece a lei e o decreto que equipara-se "ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.<sup>162</sup> (BRASIL, 1973).

---

156 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 381.

157 Ibidem, p. 383.

158 Ibidem, p. 385-386.

159 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. Atualizado por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

160 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 137.

161 BRASIL. Lei n. 5889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Diário Oficial, Brasília, 8 jun. 1973. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5889.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm)> Acesso em: 12 set. 2016.

162 BRASIL. Lei n. 5889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Diário Oficial, Brasília, 8 jun. 1973. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5889.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm)>

Os parágrafos 3º e 4º do art. 2º do Decreto 73.626/74 rezam que:

§ 3º - Inclui-se na atividade econômica referida no caput, deste artigo, a exploração industrial em estabelecimento agrária.

§ 4º - Consideram-se como exploração industrial em estabelecimento agrário, para os fins do parágrafo anterior, as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários in natura sem transformá-los em sua natureza, tais como:

I - o beneficiamento, a primeira modificação e o preparo dos produtos agropecuários e hortigranjeiros e das matérias-primas de origem animal ou vegetal para posterior venda ou industrialização;

II - o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos in natura, referidas no item anterior.<sup>163</sup> (BRASIL, 1974).

Assim, se houver atividade desenvolvida em processo de industrialização sem que haja transformação da matéria-prima, trata-se de trabalho rural; mas se estiver presente um processo de transformação da matéria-prima na aparência e a força de trabalho do obreiro for utilizada, o trabalhador será enquadrado como industriário.<sup>164</sup>

### 3.3.4 *Empregador*

Empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos da atividade econômica.<sup>165</sup>

Assim, decorrem dois efeitos jurídicos da sua existência: despersonalização e a assunção dos riscos do empreendimento (alteridade).<sup>166</sup>

A despersonalização da figura do empregador consiste no fato de a ordem jurídica autorizar a modificação do sujeito passivo do vínculo empregatício (o empregador), sem prejuízo da manutenção do contrato de emprego com o novo titular.

---

Acesso em: 12 set. 2016.

163 BRASIL. Decreto n. 73626, de 12 de fevereiro de 1974. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. Diário Oficial, Brasília, 12 fev. 1974. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/114858/decreto-73626-74>> Acesso em: 12 set. 2016.

164 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: Editora LTr Editora, 2005, p. 383.

165 *Ibidem*, p. 345.

166 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 391-392.

Predomina a impessoalidade. A despersonalização da figura do empregador permite a viabilização concreta do princípio da continuidade da relação empregatícia, impedindo que ela se rompa com a simples alteração do empregador. Esse efeito tem despontado como importante fundamento para a desconsideração da pessoa jurídica, em busca da responsabilidade subsidiária dos sócios da entidade societária.<sup>167</sup>

A assunção dos riscos do empreendimento (alteridade) consiste no fato de a ordem justralhista transferir ao empregador os riscos do empreendimento e da execução do contrato de trabalho<sup>168</sup>.

### 3.4 Os direitos fundamentais e a relação de emprego

A matéria dos direitos fundamentais da pessoa tem uma especial definição na seara laboral.

Os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, pois a especificidade da relação de trabalho não permite separar a pessoa do trabalhador (envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral). Esse envolvimento decorre de três motivos: 1) a indeterminação da atividade laboral durante todo o pacto laboral, pois incumbe ao empregador proceder à concretização da atividade laboral, no exercício do poder diretivo que permite, inclusive, dentro de certos limites, o empregador introduzir unilateralmente modificações no contrato de trabalho; 2) a indissociabilidade da atividade laboral em relação à pessoa do trabalhador. Na relação de trabalho, concorre o relevo das qualidades pessoais do trabalhador, por isso mesmo caracterizado como *intuitu personae*; e 3) a componente organizacional do contrato de trabalho, que se revela no fato dele envolver a integração do trabalhador na organização do empregador com a inerente sujeição às respectivas regras, pois essas podem condicionar o trabalhador em termos pessoais. Esses três fatores permitem uma maior ingerência do empregador na sua esfera pessoal, aumentam os perigos que do contrato podem advir para a sua vida privada.<sup>169</sup>

---

167 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 393.

168 Idem.

169 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. *In: Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004, p. 393-399.

Logo, aumenta-se a probabilidade de limitação dos seus direitos fundamentais, exigindo, desse modo, uma atenção especial da respectiva tutela, ou seja, revela-se especialmente relevante encontrar mecanismos que garantam a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa do trabalhador no contrato de trabalho.<sup>170</sup>

Então, surgem os seguintes questionamentos: quais os direitos fundamentais, enquanto pessoa, podem ter maior importância nesse contexto? Em que medida eles podem ser invocados diretamente pelo trabalhador e golpear a autonomia negocial das partes, impondo-se ao empregador? É possível restringir os direitos fundamentais do trabalhador no contrato de trabalho?<sup>171</sup>

A Constituição Federal consagra um amplo elenco de direitos fundamentais aos trabalhadores (art. 5º combinado com o art. 7º a 11 da Constituição Federal brasileira). Analisando-se os referidos artigos, constata-se que alguns deles se reportam a cada trabalhador subordinado (por exemplo, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil consagrado no inciso XXX do art. 7 da Constituição Federal brasileira) e outros com uma incidência coletiva (por exemplo, o direito sindical consagrado no art. 8º). Com efeito, no tema objeto do presente trabalho, relevam não tanto os direitos de incidência coletiva, mas, mormente, os direitos fundamentais que se reportam ao trabalhador enquanto pessoa, ou seja, os direitos inerentes à intimidade da vida privada, à igualdade de oportunidade e de tratamento entre trabalhadores dos dois sexos, ou de diferentes raças e personalidades, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa e à liberdade de filiação partidária, e que podem ser afetados a partir do seu vínculo laboral.<sup>172</sup>

O trabalhador está particularmente exposto às intromissões em sua intimidade, tanto no momento da contratação (testes psicológicos, polígrafos e outras técnicas de exploração da personalidade que se utilizam nos processos de seleção pessoal), como durante a execução da prestação de serviços.<sup>173</sup>

---

170 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004, p. 394 e 400.

171 Ibidem, p. 400.

172 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004, p. 400-402, com adaptações para o Ordenamento Jurídico brasileiro.

173 UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. *Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado.1997, p. 760.

Aqui, adentra-se à problemática da eficácia horizontal nas relações privadas, aplicada ao contexto laboral<sup>174</sup> (que não é o objeto do presente trabalho), tanto como a restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores no contrato de trabalho.

De acordo com Ramalho (2004), o reconhecimento da efetividade dos direitos fundamentais inerente à pessoa humana no seio da organização do empregador – como o reconhecimento de quaisquer direitos – tem implícita a admissibilidade de limitações a esses direitos.<sup>175</sup>

---

174 “Ora, o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho permite ao trabalhador invocá-los perante o empregador e determina sua imposição genérica à autonomia privada(...)”. Por exemplo, o direito à intimidade da vida privada do trabalhador veda o controle através de câmeras de filmar situadas nas instalações sanitárias ou a liberdade religiosa poderá justificar a recusa da prestação de trabalho. (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. *In: Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004, p. 409).

175 *Ibidem*, p. 410.

## 4 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 Breve introdução acerca das restrições a direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são garantidos por norma constitucional e, portanto, possuem uma natureza jurídica especial.

A Constituição de um Estado de Direito é a fonte direta e imediata dos direitos constitucionais e vincula (limita) os Poderes Públicos por meio de normas que estabelecem direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais se apresentam como limites a todos os Poderes Públicos.<sup>176</sup> No entanto, a Constituição também reconhece a esses Poderes a possibilidade de restringirem esses direitos garantidos por normas constitucionais. Mas o que é restrição? Como isso se justifica? Quais os tipos de restrição? E, admitida essa restrição, como se faz o controle dessa medida restritiva?

Os direitos fundamentais, com exceção do direito a não ser torturado e a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, não são absolutos.

Como observa Norberto Bobbio:

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado. Injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos,

---

176 As mais influentes constituições contemporâneas estabelecem, expressamente, a vinculação direta ou imediata de todos os Poderes Públicos aos direitos fundamentais.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). Berlim, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2016, Art. 1.3: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 dez. 2016, Art. 18.1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

ESPAÑA. Constituição da República da Espanha (1978). Madrid, 1978. Disponível em: <[http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-espanhola-de-1978\\_24.html](http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-espanhola-de-1978_24.html)> Acesso em: 10 dez. 2016, Art. 53.1: “Os direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos (...)”.

(BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília: Senado federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 dez. 2016, Art. 5, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

RÚSSIA. *Constituição da Federação Russa (1993)*. Moscou, 1993. Disponível em: <[http://www.cer.unb.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63](http://www.cer.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63)> Acesso em: 10 dez. 2016, Art. 18: “Os direitos e liberdades do homem e do cidadão tem efeito direto. Eles determinam o significado, o conteúdo e aplicação das leis, a atividade dos poderes legislativo e executivo, as autoridades locais e são garantidos pelo Poder Judiciário”.

que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecido de uma vez por todas.<sup>177</sup> (BOBBIO, 1992, p. 42).

Segundo o professor José Alexandrino de Mello (2011), os direitos fundamentais são limitados ao nível do sistema social. São limitados pois integram um subsistema normativo, são limitados pela interatividade entre as respectivas normas de garantia e são limitados dada a impossibilidade de realizar simultaneamente todos os direitos de todos os titulares. É o postulado da relatividade.<sup>178</sup>

Assim, os direitos fundamentais podem ser limitados tanto quanto nas situações que de fato abarcam, quanto no alcance que a elas deferem na sua previsão normativa, mas restrições somente serão tidas como válidas se e quando observados determinados critérios.<sup>179</sup>

Com efeito, as restrições demasiadas podem até fulminar o próprio direito restringido ou direitos conexos, comprometendo a própria noção de Estado Democrático<sup>180</sup>, razão pela qual se faz necessário o controle das restrições a direitos fundamentais.

O exercício do controle de uma atividade suplica do órgão controlador uma notável dose de cautela. Os limites da investigação da proporcionalidade não podem refletir uma postura ortodoxa, porque não se agregaria nada em termos de qualidade de controle: pois, a ideia de abuso, de excesso, de arbítrio, sempre foi, de algum modo, introduzida como marco para o decreto de inconstitucionalidade. Aprofundar o controle para buscarem-se outros modos de afronta à lei e à Constituição é uma investigação imprescindível e pode ser controlada perfeitamente.<sup>181</sup>

A dogmática jurídico-constitucional apresenta três características para a realização normativa dos direitos fundamentais, quais sejam: a) âmbito de proteção;

---

177 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

178 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 118.

179 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

180 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 96.

181 Ibidem, p. 96.

b) restrições (limitações que são e podem ser impostas); e c) limites dos limites (limites traçados em relação à limitação dos direitos fundamentais e seu respectivo âmbito de proteção). Nessa senda, todo direito fundamental possui um âmbito de proteção e está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção.<sup>182</sup>

O conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais apenas são passíveis de verificação mediante à inserção das possíveis limitações as quais os mesmos estão sujeitos. Assim, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da doutrina e jurisprudência, mais se estará exaltando as exigências da segurança jurídica e, portanto, do Estado democrático de Direito.<sup>183</sup>

O constituinte brasileiro optou por quedar silente quanto ao estabelecimento de um regime constitucional expresso em matéria de restrições e “limites aos limites” dos direitos fundamentais. A doutrina brasileira, com fulcro nos dispositivos constitucionais e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem identificando como “limites aos limites” alguns princípios constitucionais, tais como o princípio da proporcionalidade, o princípio da legalidade e a proibição de restrições casuísticas.<sup>184</sup> Esses princípios funcionam como parâmetros técnicos, ou seja, por meio deles, analisa-se se os fatores de restrição levados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes.<sup>185</sup>

Compartilha-se do entendimento de Klaus Stern (2009) que defende uma separação clara entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitação e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos. Para ele, tais premissas são imprescindíveis para uma dogmática “límpida” dos direitos fundamentais e assumem importância para o manejo acertado das normas de direitos fundamentais, principalmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador.<sup>186</sup>

---

182 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 385-386.

183 Ibidem, p. 386

184 MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241.

185 BARROS fala exclusivamente sobre o princípio da proporcionalidade. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 30).

186 K. STERN, *Die Grundrechte und ihre Scranken apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 387.

Este e os próximos capítulos dedicam-se a conceituar restrição, estudar as tipologias de restrições, bem como justificar a possibilidade de afetação de um direito fundamental garantido por uma norma constitucional de um Estado de Direito democrático por meio das principais teorias discutidas no meio acadêmico (teoria interna, teoria externa, teoria dos direitos fundamentais como princípios e teoria dos direitos fundamentais afetados por uma reserva geral imanente de ponderação) e, por consequência, inserir as restrições a direitos fundamentais nas relações de emprego no âmbito da classificação e das teorias que serão aqui estudadas.

## 4.2 Restrições a direitos fundamentais e conceitos afins

O professor da Universidade de Coimbra J.J. Canotilho (2003) entende que regulação é qualquer ação constitucional ou normativa no campo dos direitos fundamentais.<sup>187</sup>

Jorge Miranda (2010) diferencia restrição legal de outras figuras afins. São elas: o limite ao exercício, o condicionamento, a regulamentação, a concretização legislativa, a conformação legislativa, a autorruptura constitucional, o dever fundamental e a suspensão.

Para o citado professor, a restrição afeta especificamente certo direito, em geral ou apenas no que tange à determinada categoria de pessoas, envolvendo sua compreensão ou a amputação de faculdades que *a priori* estariam compreendidas no seu âmbito de proteção. Já o limite refere-se ao exercício de direitos, com a sua manifestação e com o modo de exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral, em princípio, válidas para quaisquer direitos, como a ordem pública, a moral e o bem-estar numa sociedade democrática.<sup>188</sup>

O limite pode traduzir-se em condicionamento, isso é, num elemento de natureza cautelar de que se faz depender o exercício de algum direito, mas que não

---

187 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1253 ss.

188 MIRANDA, Jorge *et al.*. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 347.

reduz o âmbito material do direito, implicando uma limitação na margem de liberdade do seu exercício ou um ônus.<sup>189</sup>

Regulamentação do direito é definir pormenores quanto à aplicação prática das regras constitucionais sobre certo direito, apenas para clarificar, criar condições procedimentais de exercício do direito, podendo ampliar direitos, mas nunca pode reverter em restrição.<sup>190</sup>

A concretização legislativa é aquela que destina a conferir exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, sejam elas perceptivas ou programáticas, e necessita de imposições constitucionais explícitas ou implícitas. Assim, restrição e concretização são conceitos opostos, tendo em vista que o primeiro se destina a comprimir por uma lei certo conteúdo jusfundamental, ao passo que o segundo visa, por meio de lei, construir certo conteúdo jusfundamental, a partir de um mínimo constitucionalmente determinável.<sup>191</sup>

Na conformação legal, a Constituição remete para a lei ordinária posterior reconhecer que a efetividade de certos direitos está *ab initio* dependente da existência de certos regimes legais e/ou da estruturação de amplos setores da ordem jurídica.<sup>192</sup>

A autorruptura constitucional consiste na elaboração de um preceito constitucional geral e concreto ou, em alguns casos, individual e concreto. Já a restrição tem que estar contida necessariamente numa norma legal de natureza geral e abstrata.<sup>193</sup>

O dever fundamental (ex: dever dos pais de educação dos filhos) distingue-se da restrição pela completa falta de autonomia destas, que se situam no plano do conteúdo do direito e só fazem sentido por referência a ele. Em geral, o dever é uma situação jurídica passiva, traduzindo numa imposição de agir ou não agir de certa maneira.<sup>194</sup>

A suspensão atinge um direito a título transitório em situações de necessidades constitucionais absolutamente excepcionais. A restrição atinge o direito a título permanente em situações de normalidade constitucional.<sup>195</sup>

---

189 MIRANDA, Jorge *et al.*. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora,. 2010, p. 347.

190 *Ibidem*, p. 347-348.

191 *Ibidem*, p. 348.

192 *Ibidem*, p. 348.

193 *Ibidem*, p. 349.

194 *Ibidem*, p. 349.

195 *Ibidem*, p. 349.

O professor José Melo Alexandrino (2011) também diferencia restrição de outras figuras afins. Inicialmente, define restrição como sendo “a acção normativa que afecta desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de protecção de um direito fundamental previamente delimitado”<sup>196</sup>. Trata-se de uma intervenção do Estado legislador num direito fundamental, onde se modifica o nível de protecção precedente e o que dela resulta é a fixação do âmbito de protecção efetivo do direito. Nem toda intervenção do Estado consiste numa restrição, pois o legislador pode intervir apenas para condicionar ou regulamentar um direito, quando concretiza uma norma não exequível, quando configura um direito carecido dessa cunhagem legislativa ou quando desenvolve e facilita o exercício do direito.<sup>197</sup>

Para o renomado professor, a restrição é uma acção. Já um limite é uma norma. Os limites são autojustificáveis e referem-se à decisão conjunta do legislador constituinte, as restrições só colhem justificação por referência a esses limites. Os limites são grandezas ou unidades normativas, as restrições são intervenções que têm como requisito (além das normas de limites) outras normas de competência, processo e forma, sendo ainda enquadradas por toda a restante série dos chamados limites dos limites.<sup>198</sup>

A delimitação do âmbito de protecção consiste na tarefa de sinalização dos limites intrínsecos, ou, em qualquer caso, diretamente extraídos por interpretação das normas constitucionais, que circunscrevem o conteúdo do direito, indicando as suas fronteiras externas. Demarcado o âmbito de protecção, a medida interventiva pode comprimir ou não as faculdades ou efeitos amparados pelo direito, mas tão somente as condições de tempo, modo e lugar do exercício (por exemplo a prescrição de um prazo) – parte da doutrina as chama de “limitações”. A limitação pode transformar-se numa restrição.<sup>199</sup>

No que concerne aos tipos de restrições, o professor fala em restrições expressamente autorizadas e implicitamente autorizadas pela Constituição.<sup>200</sup>

Já Jorge Reis Novais (2003) sustenta que a regulação normativa pode ser uma restrição a direitos fundamentais (quando afeta negativamente o conteúdo de um

---

196 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2.ed. Cascais: Princípia, 2011, p. 123-124.

197 *Ibidem*, p. 123-124.

198 *Ibidem*, p. 124.

199 *Ibidem*, p. 124-125.

200 *Ibidem*, p. 125.

direito para proteger outro igualmente digno de proteção, sujeita à observância dos requisitos formais e materiais imposta pelo Estado de Direito democrático) e regulação normativa de desenvolvimento de direitos fundamentais (visam concretizar condições para o exercício do direito). A regulação normativa de desenvolvimento de direitos fundamentais pode ser: de densificação de direitos materiais (visa concretizar o direito); ou configuração de direitos fundamentais (as normas fixam o conteúdo ou possibilitam o exercício previsto em normas constitucionais genéricas). Já as normas de regulação normativa de configuração de direitos fundamentais se dividem em: conformação em sentido restrito (criam-se institutos jurídicos para possibilitar aos titulares exercerem os seus direitos); regulamentação (prevê as peculiaridades da execução do direito fundamental); e concretização (revela os limites do conteúdo protegido dos direitos fundamentais).<sup>201</sup>

Qual a margem de atuação do legislador e quais dessas regulações exigem a observância dos requisitos formais e materiais impostos pelo Estado de Direito democrático?

Saliente-se que muitos doutrinadores<sup>202</sup> dividem a regulação em restrição, concretização e regulamentação, e defendem que a intervenção não restritiva não precisa ser expressamente autorizada pela Constituição ou de reserva de lei.

Para Novais, essa posição, se adotada jurisprudencialmente, resulta “num défice claro de fundamentação das decisões judiciais”, pois a não qualificação de uma regulação como verdadeira restrição elimina a necessidade de preenchimentos da observância dos requisitos constitucionais.<sup>203</sup>

Assim, independente do nome da regulação, se nela estiverem presentes os elementos restritivos, é necessário verificar a observância dos requisitos constitucionais (tanto formais, como materiais: princípio da proporcionalidade, garantia do conteúdo essencial, natureza geral e abstrata das leis restritivas, reserva de lei e autorização constitucional). Não é porque a Constituição disse expressamente para as restrições que somente se aplica a elas, mas, sim, porque, em um Estado de Direito, a Constituição considerou adequado dizer expressamente para as restrições,

---

201 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 172 e 178/182.

202 Nesse sentido vide ANDRADE, J. C. Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 209-220.

203 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 183.

pois toda intervenção em direito fundamental, que, a princípio, é ilimitado, é carente de justificação e susceptível de controle. Logo, Novais defende a aplicação genérica dos limites às verdadeiras restrições como também às normas de desenvolvimento de direitos fundamentais.<sup>204</sup>

Nessa senda, as restrições em sentido lato são atos dos Poderes Públicos que afetem negativamente a garantia de um direito fundamental protegido. Podem ser restrições em sentido estrito e intervenções restritivas em direitos fundamentais.<sup>205</sup> As restrições em sentido estrito são aquelas que provocam uma eliminação no conteúdo do direito fundamental, restringindo o seu âmbito de proteção. Já as intervenções restritivas ocorrem quando há uma desvantagem individual, mas mantém intacto o conteúdo objetivo do direito.<sup>206</sup>

Ainda, Novais distingue autorização constitucional para restringir, lei restritiva ou restrição em sentido estrito (caráter geral e abstrato – art. 18 da CRP) e intervenção restritiva (natureza individual e concreta do prejuízo).<sup>207</sup>

Por fim, Canotilho entende como restrições de direitos as compreensões feitas por atos normativos ou as resultantes de intervenções restritivas de posições jurídicas que, *prima facie*, devem considerar como integradores do âmbito de proteção de direitos liberdades e garantias.<sup>208</sup>

#### 4.2.1 Tipologia adotada no âmbito deste trabalho

Adota-se a posição do professor Jorge Reis Novais, que conceitua restrição como toda:

a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias

---

204 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 189.

205 Para Carlos Blanco de Moraes, as intervenções restritivas em direitos fundamentais consiste numa “actuação agressiva sobre um bem protegido de um direito fundamental feita através de um acto jurídico imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta (...)” (MORAIS, Carlos Blanco de, *Direito Constitucional II - Sumários Desenvolvidos*, Lisboa, 2004, reimp. 2006, p. 83). Canotilho entende que intervenções restritivas são aquelas intervenções agressivas no âmbito de proteção de um direito feita através de um ato jurídico concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1265).

206 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 192-194.

207 *Ibidem*, p. 201.

208 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1279.

de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado<sup>209</sup>. (NOVAIS, 2003, p. 157).

Dessa forma, quaisquer comportamentos estatais, independentemente de qual seja o ramo de poder de onde provenham, que, de alguma forma, afetem desvantajosamente o direito fundamental protegido são considerados restrições. Pode-se falar em restrições em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais e, em sentido restrito, compreendendo as atuações normativas ou “leis restritivas”.<sup>210</sup>

### 4.3 Tipos de restrições a direitos fundamentais

Há multiplicidade de tipologias de restrições ou limites aos direitos fundamentais adotados pelos doutrinadores e, muitas vezes, os termos “restrições” e “limites” se confundem ou se distinguem. Não é pacífica a ligação entre o plano da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o plano das restrições aos direitos fundamentais. Também a questão das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição é muito discutida entre os doutrinadores.<sup>211</sup>

Vieira de Andrade (2009) aduz que há três tipos de limites: a) os imanes, que são aqueles que atingem o próprio âmbito de proteção constitucional de um direito fundamental; b) os que decorrem das colisões ou conflitos de direitos, que são limitações recíprocas dos direitos que resultam dos compromissos naturais entre os valores constitucionais em concurso; e c) os que são atuados pelas leis restritivas, que consistem naqueles em que ocorre intervenção normativa dos Poderes Públicos para salvaguarda de valores constitucionais.<sup>212</sup>

Gomes Canotilho (1997) sustenta que o âmbito de proteção de um direito constitucional difere de restrição de direitos fundamentais. Nestes, engloba três tipos de restrições ou limites: a) os constitucionais imediatos, que são positivados pelas

---

209 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157.

210 Ibidem, p. 157, 209 e 227.

211 Ibidem, 2003, p. 254-255.

212 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 273-278.

próprias normas constitucionais; b) os estabelecidos por lei, autorizados expressamente pelas normas de garantias dos direitos fundamentais; e c) os limites imanentes ou limites constitucionais não escritos destinados a garantir outros direitos ou bens constitucionais.<sup>213</sup>

Jorge Miranda (2012) distingue restrições aos direitos fundamentais e limites ao exercício de direitos fundamentais. Ele entende que restrição é uma espécie de intervenção legislativa que reduz o conteúdo e âmbito de proteção dos direitos fundamentais no domínio dos direitos, liberdade e garantias, nos casos previstos na Constituição ou com fundamento direto nesta. O citado professor ressalta que as restrições podem ser: a) exequíveis por si mesmo: aquelas que não carecem de interposição legislativa; b) não exequíveis por si mesmo: aquelas que carecem de interposição legislativa. Estas podem ser: b.1) mediatas: são restrições que não são impostas pela Constituição – não obrigatoriamente estipuladas; b.2) imediatas – são restrições impostas pela Constituição – permitidas. Ainda, tomando como paralelo as classificações de direito, as restrições podem ser: a) comuns a todas as pessoas; b) particulares, ou seja, são aquelas que afetam direitos a certas categorias de pessoas; c) restrições especiais: são restrições que afetam direitos de pessoas que se encontram em determinadas situações.<sup>214</sup>

Ainda, Jorge Miranda afirma que as restrições podem ser explícitas (expressas) e implícitas. Tendo em vista a fluidez das formulações presentes no texto constitucional, da multiplicidade de situações da relevância dos bens e dos princípios que nestas se projetam, é de se concluir que, na Constituição, não se esgotam todas as restrições possíveis e necessárias (Ex.: greve de juízes). É inevitável admitir a necessidade de restrições a direitos, liberdades e garantias que não são expressamente autorizados pela Constituição, isso é, restrições implicitamente autorizadas fundadas em bens jusfundamentais ou em princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas, ressaltando que tanto as restrições explícitas como as implícitas pressupõem reserva de Constituição, ou seja, dentro dela, e não fora dela, que tem de se legitimar.<sup>215</sup>

---

213 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1257 e ss.

214 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 406 e ss.

215 MIRANDA, Jorge *et al. Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, , 2010, p. 366-367.

Para Alexy (2003), como os direitos fundamentais são direitos constitucionais, eles só podem ser restringidos pela própria Constituição (restrições diretas) ou com base na Constituição (indiretas). Outrossim, o jurista alemão distingue restrição (limites) e cláusula de restrição (cláusula de limite). Esta pode ser: a) cláusula de restrição que já contém limites constitucionais diretos (parte escrita ou não escrita da norma que preceitua de que forma e em que medida o direito fundamental garantido *prima facie* pela previsão normativa é restringido ou pode ser restringido); ou b) cláusula de restrição na fórmula cláusula de reserva (fundamenta competências infraconstitucionais de colocação de limites). Assim, as restrições constitucionais indiretas (limites colocados infraconstitucionalmente com base em autorização constitucional) poderiam fundamentar em cláusulas de limites escritas e cláusulas de limites ou de reserva não escritas ou implícitas.<sup>216</sup>

A teoria dos direitos fundamentais como princípios procura justificar as restrições implícitas partindo da premissa que todos os direitos fundamentais têm estrutura de princípios, ou seja, de mandamentos de otimização e de direitos *prima facie*, que seriam convertíveis em direitos definidos em confronto com razões de sinal contrário, partindo de uma visão irrestrita da previsão normativa. Em consequência, potencialmente tudo é conflito jusfundamental carecido de ponderação e, em última análise, verdadeiras restrições.<sup>217</sup>

Jorge Reis Novais (2013) informa que as restrições implícitas decorrem da própria natureza complexa dos direitos fundamentais (são trunfos contra maioria que garantem uma proteção qualificada e os direitos fundamentais são condicionados a uma reserva geral de ponderação com outros bens que também merecem proteção jurídica). Um direito fundamental consagrado sem reserva pode ser restringido por força na necessidade de prossecução de outros bens igualmente protegidos. A estrutura aberta dos direitos fundamentais, a sua natureza de princípios e a sua dimensão objetiva impõem a ponderação de interesses. A diferença peculiar nesse tipo de restrições é que, quando da restrição, não há qualquer indicação auxiliar relevante para a aplicação dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais, razão

---

216 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 254 ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 259.

217 MIRANDA, Jorge *et al.* *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 368.

pela qual o ônus da argumentação é agravado, tanto do autor da restrição quanto do órgão jurisdicional que realizará o controle da restrição.<sup>218</sup>

Para Jorge Miranda (2010) se afigura algo vaga a submissão indistinta de todos os direitos a uma “reserva geral imanente de ponderação” – com o perigo de relativização da força normativa dos direitos, liberdades e garantias e de recolocação dos mesmos nas mãos do legislador com uma função constitutiva (e não apenas declarativa). Por outro lado, afirma que parece ser o caminho mais transparente, já que não busca contornar o problema da primeira parte do n. 2 do art. 18 da Constituição da República portuguesa:<sup>219</sup>

Assumindo a necessidade de uma interpretação matizada da sua exigência de reserva de Constituição e como garantia de clareza e segurança na fundamentação constitucional das leis restritivas, assegurando que todas as restrições – dependentemente da sua configuração e dos tipos de leis em que estejam contidas-, são submetidas aos diferentes parâmetros autonomizados do carácter restritivo das restrições.<sup>220</sup> (MIRANDA, 2010, p. 369).

O professor Virgílio Afonso da Silva (2009) sustenta que as restrições podem se dar por meio de regras encontradas na legislação infraconstitucional ou por meio de princípios. A primeira, geralmente, é confundida como uma colisão entre um princípio e uma regra, mas, em geral, a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é do que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra. A segunda ocorre quando dois ou mais princípios se chocam e não há regra alguma que discipline a colisão entre os dois princípios, isso é, pode ocorrer que, em dada situação de colisão, ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador.<sup>221</sup> Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

Nesses casos, cabe ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio deverá prevalecer. Quando isso ocorre, há também uma restrição ao direito fundamental que é garantido pelo princípio que teve que ceder em favor do

---

218 Conteúdo retirado da aula ministrada pelo professor Jorge Reis Novais, anos 2013/2014, no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa.

219 Art. 18. 2 da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. (PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 15 fev. 2016).

220 MIRANDA, Jorge *et al.* *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 369.

221 Legislador em sentido amplo e envolvendo qualquer forma de produção legislativa.

princípio considerado mais importante. Esta restrição, no entanto, não encontra fundamento em uma legislação infraconstitucional, mas na competência do juiz em tomar a decisão naquele caso concreto. Essas restrições, portanto, são baseadas em princípios e realizadas por decisões judiciais.<sup>222</sup> (SILVA, 2009, p. 142-143).

Para os defensores da teoria externa, que pressupõe uma clara distinção entre o plano da delimitação da previsão normativa e o plano das restrições, as tipologias se fundamentam em volta do denominado sistema diferenciado de reservas.<sup>223</sup> Por exemplo, Pieroth classifica as restrições aos direitos fundamentais em: a) reservas simples de lei (quando a Constituição determina que a restrição seja efetuada por lei ou com base na lei); b) reservas qualificadas de lei (quando a Constituição exige que a restrição só possa ocorrer em determinadas situações, prossiga determinados fins ou recorra a meios determinados); e c) direitos fundamentais sem reserva de lei.<sup>224</sup>

Por outro lado, na lógica da teoria interna, todos os limites serão limites imanentes, sejam limites de fixação de fronteiras de validade dos direitos fundamentais ou sejam limites infraconstitucionais de revelação, concretização ou declaração daquelas fronteiras. Aqui, não há lugar para restrições de conteúdo dos direitos fundamentais operados pelo poder constituinte, ao qual cabe apenas revelar, traduzir ou descobrir os limites imanentes, expressos ou implícitos dos direitos fundamentais, intervenção esta que poderá ser legítima ou ilegítima (quando restringir o conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente garantido).<sup>225</sup>

Para Alexy, defensor da teoria dos direitos fundamentais como princípios, que parte de uma concepção ampliativa da previsão normativa, todas as intervenções normativas no domínio dos direitos fundamentais são potencialmente restrições – diretas ou indiretas, estas operadas pelo poder constituído com fundamento expresso ou implícito na Constituição –, não cabendo delimitação do âmbito normativo dos direitos fundamentais sem caráter restritivo.<sup>226</sup>

---

222 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142-143.

223 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 260

224 PIEROTH, B/SCHLINK, B. *Grundrechte*, 12. ed, Heidelberg, C.F. Müller, 1996, anotações 273 ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 261.

225 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 262.

226 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra:

Por último, Jorge Reis Novais (2003), defensor da teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, entende que uma tipologia construída em torno das premissas fundamentais da teoria externa atende o objetivo da sua teoria: “fundamentar e enquadrar dogmaticamente um sistema de controle coerente e eficaz da actuação dos poderes constituídos no domínio dos direitos fundamentais que, todavia, não ponha em causa a operatividade da necessária intervenção do Estado e o equilíbrio da separação dos poderes”.<sup>227</sup>

#### 4.3.1 Tipologia adotada no âmbito deste trabalho

Adota-se, no âmbito deste trabalho, a classificação de que as restrições podem ser: restrições diretamente constitucionais; restrições indiretamente constitucionais; ou restrições tacitamente constitucionais<sup>228</sup>.

Nas restrições diretamente constitucionais, o próprio legislador constituinte estabelece a restrição definitiva (por exemplo: art. 5º, inciso XVI da Constituição Federal brasileira<sup>229</sup>). Aqui, a regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional (o legislador constituinte originário fez um sopesamento entre os princípios colidentes e decidiu a favor de determinadas razões para dar origem à regra expressa pela cláusula) e, ao mesmo tempo, é uma cláusula que faz parte do enunciado que garante o direito fundamental.<sup>230</sup>

Antes da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal brasileira<sup>231</sup> restringia à categoria dos domésticos vários

Coimbra Editora, 2003, p. 262.

227 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 263.

228 Suzana De Toledo Barros denomina as restrições tacitamente constitucionais de limites imanentes dos direitos fundamentais. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 162).

229 “Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05 jan. 2016).

230 Saliente-se que existem doutrinadores que defendem que as restrições estabelecidas diretamente pelo constituinte não são restrições, mas apenas descrições daquilo que é protegido, como sugerido pela teoria interna – considerados “limites imanentes”.

231 Parágrafo único do art. 7º da CF/1988 antes da EC 72/2003 “São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da

direitos fundamentais, dentre eles, remuneração do serviço extraordinário superior à do normal; duração do trabalho de oito horas diárias e 44 semanais; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço etc. Tratava-se de uma restrição à categoria dos empregados domésticos diretamente constitucional.

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas operadas pelos poderes constituídos com fundamento expresso ou implícito na Constituição.

A cláusula de reserva é a cláusula que permite a restrição por meio de normas infraconstitucionais, isso é, ela confere poderes ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições indiretamente constitucionais. As reservas legais não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições. Podem ser reservas explícitas simples, quando expressamente autorizam intervenções ou restrições. A restrição é pura e simplesmente garantida (por exemplo: parágrafo 4º do art. 220 da Constituição Federal brasileira<sup>232</sup>); ou qualificadas, quando se estabelece uma limitação ao conteúdo da restrição (por exemplo: atual parágrafo único do art. 7ª da Constituição Federal brasileira<sup>233</sup>; art. 5º, XII Constituição Federal brasileira<sup>234</sup>) ou

---

República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05 jan. 2016).

232 “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05 jan. 2016).

233 “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”. (grifo nosso) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05. Jan. 2016).

234 “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05 jan. 2016).

reservas implícitas, quando se faz referência a leis ordinárias (por exemplo: atual parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal brasileira<sup>235</sup>).<sup>236</sup>

Ocorre que seria impossível predizer em uma Constituição todas as situações em que a intervenção do legislador se fizesse necessária, pois a norma constitucional tem seu caráter histórico, garantidor de constantes mudanças e constante adaptação ao processo evolutivo.<sup>237</sup>

Nesse diapasão, existem direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei restritiva, porque a norma Constitucional não traz autorização para tanto. Entretanto, esses direitos não são imunes à restrição, pois as inúmeras situações concretas de exercício desses direitos estão a revelar que é quase impossível estabelecer um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem (situação de conflito), cuja solução requer que se imponham limites a esses direitos para que possam, enfim, coexistir.<sup>238</sup>

Assim, com o objetivo de prevenir os conflitos consequentes de pretensões colidentes e garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, mesmo ausente autorização específica constitucional.<sup>239</sup>

Portanto, as restrições tácitas constitucionais ocorrem quando, na hipótese concreta de conflito entre direitos fundamentais, as normas constitucionais permitem que quaisquer dos Poderes Públicos imponham restrições objetivando resolver o caso concreto de forma harmônica com o mínimo de prejuízo a qualquer dos direitos envolvidos. Um exemplo de restrição tácita constitucional praticada por ato do judiciário ocorre quando o juiz restringe o direito fundamental de uma das partes por meio de uma sentença.<sup>240</sup>

---

235 “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” (grifo nosso) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 05 jan. 2016).

236 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 282-292.

237 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 186.

238 Ibidem, p. 168-169.

239 Ibidem, p. 186.

240 Ressalte-se aqui um paradoxo que existe no ordenamento jurídico português. Portugal tem

Situações de conflitos de direitos fundamentais apresentam-se cada vez mais constantes na prática jurídica brasileira em razão do alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, principalmente em decorrência do caráter analítico do catálogo constitucional de direitos.<sup>241</sup>

Supõe-se, em face de uma teoria constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, que o legislador tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujos respectivos âmbitos de proteção se mostrem colidentes, como também em casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los.<sup>242</sup>

---

consagrado em sua Constituição a determinação de que os direitos fundamentais vinculam os entes privados. A grande preocupação do jurista no âmbito das restrições é a questão do controle de constitucionalidade dos atos administrativos, judiciários e legislativos restritivos no domínio dos direitos fundamentais, notadamente efetuado pela Corte Constitucional, que é a guardiã da Constituição e, conseqüentemente, o órgão encarregado de garantir a Constituição. Ocorre que, as restrições tacitamente constitucionais praticadas por ato judiciário ou administrativo português não estão sujeitos ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Tribunal Constitucional, pois de acordo com a Constituição da República portuguesa, a este tribunal cabe somente a apreciação de questão de inconstitucionalidade de atos normativos (inconstitucionalidade de lei). O Tribunal Constitucional foi criado para garantir os direitos fundamentais e o sistema português não permite que o faça quando essas violações nascem da Administração ou do Judiciário. Conteúdo retirado da aula ministrada pelo professor Jorge Reis Novais, no curso de Mestrado da Universidade de Lisboa, anos 2013/2014, na disciplina *Justiça Constitucional*.

241 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 394.

242 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 169.

## 5 TEORIAS DA PREVISÃO NORMATIVA

### 5.1 Âmbito de proteção e suporte fático

As normas que estabelecem direitos fundamentais protegem certos “bens” ou “domínios existenciais” (por exemplo a vida e a religião). Esses “âmbitos” ou “domínios” amparados pelas normas garantidoras de direitos fundamentais possuem várias nomenclaturas: “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*), “domínio normativo” (*Normbereich*), “pressupostos de fato dos direitos fundamentais” (*Grundrechtstatbestände*).<sup>243</sup>

O âmbito de proteção abarca os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica<sup>244</sup>, isso é, “trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado”<sup>245</sup>, que nem sempre se afigura de fácil identificação, principalmente em razão das indeterminações semânticas presentes nos textos que concebem direitos fundamentais<sup>246</sup>.

Sérvulo Correia (2009) defende que o âmbito de proteção de um direito não decorre somente da tipificação de dados pré-normativos, mas que guarda relação com certos objetivos constitucionalmente ancorados e vinculados a determinados valores, ressaltando a complexidade do procedimento de identificação e mesmo de reconstrução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, haja vista que, mesmo se tratando do perfil “*prima facie* do direito fundamental”, que ainda não considere as restrições legítimas, há um perfil normativamente pré-determinado a ser respeitado.<sup>247</sup>

Definir o conceito de suporte fático acarreta consequências na forma de conceber o conteúdo dos direitos fundamentais.

A norma jurídica é composta por uma hipótese e por uma consequência. Nessa senda, se o evento jurídico ocorre no caso concreto, a hipótese é preenchida

---

243 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1262.

244 K. STERN, *Die Grundrechte und ihre Schranken apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 387.

245 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 387.

246 SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 198.

247 CORREIA, Sérvulo. *O Direito de manifestação apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 390.

e a consequência ocorrerá. Com efeito, pode-se dividir o suporte fático em abstrato e concreto.

Suporte fático abstrato é a previsão normativa e suporte fático restrito é a ocorrência concreta dos atos e fatos previstos na norma. Neste trabalho, preocupe-se apenas com o suporte fático abstrato, pois “a verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá (...) da sua configuração em abstrato”.<sup>248</sup>

Robert Alexy (2008) noticia que suporte fático e âmbito de proteção podem coincidir totalmente quando se trata de normas permissivas. Suporte fático seria o bem protegido. Todavia, essa coincidência não se mostra adequada quando se fala de normas que garantem direitos de defesa (direitos à ação negativa – a não realização de intervenções em determinados bens protegidos – por parte do destinatário da norma), uma vez que, caso houvesse uma coincidência, o suporte fático deixaria de se opor à própria restrição em si. Logo, o suporte fático deve ser composto por dois elementos: o bem protegido e a intervenção estatal.<sup>249</sup>

Jorge Reis Novais (2003) entende que, nesta fase de definição do suporte fático, por opção metodológica, não se devem considerar os interesses opostos em que se fundam eventuais limitações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.<sup>250</sup>

Para Robert Alexy, a necessidade da incorporação da intervenção ao conceito de suporte fático se demonstra “(...) pelo fato de que a abrangência da proteção *prima facie* depende, em igual medida, da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção”.<sup>251</sup>

Já Klaus Stern (2009) sustenta que o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera caracterização do bem protegido (vida, dignidade humana etc.), mas será obtido, geralmente, mediante a diligente interpretação e análise, que observem os elementos do suporte fático, pois apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito, estará definido se alguma situação ou bem jurídico se encontra jusfundamentalmente assegurada, assim como

---

248 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67-68.

249 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302-305.

250 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 425.

251 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305.

será possível determinar qual ou mesmo quais os direitos fundamentais estão em causa.<sup>252</sup>

Para o brasileiro Virgílio Afonso da Silva (2009), o conceito de suporte fático depende do bem protegido, da intervenção estatal e da ausência de fundamentação constitucional da intervenção, pois somente com esse último pressuposto ativa-se a consequência jurídica – exigência de cessação da intervenção estatal (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Caso haja fundamentação constitucional para a intervenção, o que há, na realidade, é uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a consequência jurídica. Com efeito, uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente implica na necessidade de cessação dessa violação, pois implica uma violação a um direito fundamental. Já uma intervenção estatal fundamentada no âmbito de proteção de um direito fundamental implica em uma restrição, o que impede a consequência jurídica – declaração de inconstitucionalidade.<sup>253 254</sup>

Mas por que esses doutrinadores divergem na simples conceituação de suporte fático? Porque cada um deles é adepto de uma teoria diferente da restringibilidade dos direitos fundamentais e isso influencia deveras na conceituação do suporte fático, haja vista que as teorias da previsão normativa estão intimamente ligadas às teorias restritivas dos direitos fundamentais.

## 5.2 Suporte fático restrito

A teoria do suporte fático restrito exclui, de antemão, alguma ação (conduta), estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos, que poderiam

---

252 K. STERN, *Die Grundrechte und ihre Schranken* apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 390.

253 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74-75.

254 Virgílio Afonso da Silva preceitua que os direitos a prestações em sentido amplo são os direitos decorrentes dos deveres estatais das liberdades públicas e dos direitos políticos (o Estado atua no sentido de protegê-los) e diferencia-se dos direitos sociais porque a ação do estado, nestes, têm como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos. Nesse âmbito o conceito do que é protegido e de intervenção devem ser modificados. Assim, o âmbito de proteção de um direito social é “composto por ações estatais que fomentem a realização desse direito”. Outrossim, o conceito de intervenção estatal também precisa ser invertido, ou seja, “intervir” é não agir ou agir de forma insuficiente. Esses elementos devem ser acrescidos da fundamentação-jurídico-constitucional para a omissão ou ação insuficiente. E qual a consequência jurídica? O dever de realizar. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 76-79).

ser, em abstrato, protegidos pela norma (não-proteção de algumas ações pelas normas).<sup>255</sup>

José Carlos Vieira de Andrade (2004), em seu livro *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, formula várias perguntas para definir suporte fático restrito, dentre elas: “terá sentido invocar a liberdade religiosa para justificar sacrifício humano?” e responde negativamente, pois, para ele, não há aqui conflito de direitos fundamentais, uma vez que a própria norma constitucional não protege essas condutas, excluindo tais situações do preceito normativo.<sup>256</sup>

A teoria restritiva parte da ideia de que o âmbito de proteção da norma somente protege o necessário (exclui o desnecessário), o que não pode ser substituído para o exercício do direito fundamental. Aqui, o intérprete verificará se o comportamento faz parte do que é protegido pelo âmbito de proteção do direito fundamental.<sup>257</sup> Embora muitas hipóteses pudessem teoricamente reentrar na previsão de um direito, não podem reputar-se protegidas pelo direito fundamental, cuja previsão deve ser interpretada restritivamente.<sup>258</sup>

Por exemplo, a vacinação obrigatória das crianças em idade escolar não é restrição ao direito à integridade física porque, à partida, tal ato não preenche os requisitos da delimitação conceitual.<sup>259</sup>

Os doutrinadores, para definir o conteúdo do suporte fático restrito, recorrem: “(a) à busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) à rejeição da ideia de colisão de direitos fundamentais”.<sup>260</sup> E, para isso, se utilizam de algumas estratégias.

A primeira delas é a interpretação histórico-sistemática, sobretudo das normas constitucionais. A interpretação histórica baseia-se na análise do contexto histórico da criação do dispositivo constitucional. Assim, por exemplo, em 1988, o legislador constituinte originário brasileiro, ao garantir a liberdade religiosa no art. 5º,

---

255 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82).

256 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 275-276.

257 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

258 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 120.

259 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 398.

260 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82-83.

inciso VIII, não queria garantir sacrifícios humanos. Já a interpretação sistemática volta-se para a análise do contexto das normas constitucionais, das relações entre elas. Por exemplo: reuniões em prédios em mau estado de conservação. Para os adeptos dessa teoria, não há conflito entre o direito à vida e o direito à reunião e sim um limite preexistente ao direito de reunião.<sup>261</sup>

Um exemplo de julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro ilustra bem essa questão: o editor Siegfried Ellwanger editou um livro e foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo por fazer apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica. Em razão da condenação, impetrou Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal contra a condenação a ele imposta.

O ex-Ministro Moreira Alves, relator originário do Habeas Corpus 82424, fundamentou seu voto no sentido de que a condenação da prática de racismo prevista no art. 5, XLII, da Constituição Federal brasileira, deve ser interpretada de forma a compatibilizar seu suporte fático com a vontade do legislador constituinte. E, a partir dessa premissa, ele conclui que práticas de discriminação contra judeus ou outros grupos étnicos ou religiosos não estão incluídas no âmbito de proteção dessa norma, que visa coibir apenas a discriminação contra negros. Isso porque, ao propor o texto que deu origem ao atual art. 5, XLII, da Constituição Federal brasileira, o deputado constituinte Carlos Alberto Caó fundamentou sua importância a partir da exigência de discriminação racial contra os negros existentes no Brasil.<sup>262</sup>

Logo, no seu voto, o ex-Ministro procurou restringir o suporte fático do direito fundamental à não discriminação por meio de uma interpretação histórica. Mas essa é a melhor forma de dar efetividade aos direitos fundamentais?

Com efeito, outra estratégia adotada pela teoria da previsão normativa restritiva é a delimitação do âmbito da norma, segundo Friedrich Müller.<sup>263</sup> Para o autor, é necessário delimitar o que é protegido por cada direito constitucional fundamental (os limites), o que difere de restrição, pois esta pressupõe algo externo ao direito fundamental, que não faz parte do seu conteúdo. Assim, para ele, não há restrições a direitos fundamentais, mas apenas delimitação do seu conteúdo.

---

261 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83-84.

262 Ibidem, p. 84-85.

263 Sobre essa trajetória, vide MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte: Fragen Einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblo, 1990.

Portanto, os limites necessitam ser bem definidos para evitar colisões. Para isso, baseia-se na especificidade (específico é todo ato que faça parte do âmbito da norma de determinado direito). Toda ação que possa ser substituída por outra, haja vista não ser estritamente necessária para o exercício de um direito, não está protegida pelo direito fundamental. Logo, não há restrição quando se proíbe essa ação. Verifica-se se a forma de exercício é típica do direito. Por exemplo, lei que proíbe o pintor de pintar seus quadros em um cruzamento viário – essa lei não impõe restrição à liberdade artística, pois não atinge o que há de específico e típico no âmbito dessa liberdade.<sup>264</sup>

Mais um exemplo: o Partido Liberal, em 2001, entrou com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN 2566) alegando que o art. 4º, parágrafo 1º da Lei nº 9612/1998, que proíbe “o proselitismo de qualquer natureza” na programação da radiofusão comunitária, consistiria em censura inconstitucional e feriria a liberdade de expressão, de crença, de manifestação de pensamento e de imprensa. Na defesa do dispositivo impugnado, os argumentos da Advocacia-Geral da União basearam-se na teoria do suporte restrito, pois, para ela, proselitismo – tentar converter pessoas a uma determinada causa, ideia ou religião – difere-se de livre expressão. A Advocacia exclui determinadas condutas de antemão do âmbito de proteção da norma. Logo, fazer proselitismo não é garantido pelo direito fundamental da livre expressão do pensamento ou pela liberdade de imprensa. Mas partir do princípio de que a liberdade de expressão é apenas aquela isenta e imparcial não é uma interpretação, no mínimo, ingênua?<sup>265</sup>

Essa interpretação assegura alguma efetividade ao direito fundamental de liberdade de manifestação?

Uma decisão de 2003, ainda em primeira instância, também pode ilustrar bem a adoção por uma teoria de suporte fático restrito: em 1981, Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como “Doca Street”, foi condenado, por homicídio cometido em 1976, a 15 anos de reclusão. Muito tempo depois de sua libertação em 1987, a Rede Globo de Televisão produziu e transmitiu, em 2003, um programa de TV sobre o caso. Doca Street tentou, na época, proibir a transmissão, mas sem sucesso. Posteriormente, pleiteou indenização por danos morais em razão disso. E assim

---

264 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 86-89.

265 *Ibidem*, p. 114-116.

decidiu o Juiz da 19 Vara Civil do Rio de Janeiro: “O programa em questão não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística, razão pela qual se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses no embate entre a liberdade de informar e o direito à privacidade do indivíduo”. Como se percebe, o juiz parte de um suporte fático restrito para a liberdade de imprensa e, com base nisso, decide o caso. Bastou para tanto excluir um programa de TV da proteção à liberdade de imprensa.<sup>266</sup>

Mas essas interpretações jurídicas asseguram efetividade para o direito fundamental em questão?

A fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, segundo John Rawls (1993)<sup>267</sup>, destaca-se também como uma das estratégias adotadas pelos adeptos da teoria da previsão normativa. Ainda que não tenha se dedicado a uma análise do suporte fático dos direitos fundamentais, ele parte de pressupostos teóricos que indicam clara opção por uma concepção restritiva desse suporte. Especialmente em seu texto sobre prioridade das liberdades fundamentais, publicado em 1983, inserido posteriormente em sua obra *O Liberalismo Político*, de 1993, Rawls rejeita um suporte fático amplo com a finalidade de evitar conflitos entre direitos fundamentais e uma necessidade de ponderação entre eles, baseado nos seguintes argumentos:<sup>268</sup>

a) redução do número de liberdades fundamentais: fazem parte do rol de liberdades fundamentais apenas as liberdades de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação, as liberdades decorrentes da integridade das pessoas e os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito. Com efeito, diminuir o número de liberdades é uma forma de evitar colisões.

b) caráter absoluto das liberdades: quando em conflitos com outros direitos ou com interesses coletivos (direitos sociais), o conflito é necessariamente solucionado em favor das liberdades fundamentais; e

c) exclusão de variáveis do suporte fático desses direitos: para tanto, Rawls se vale da distinção entre regulamentações necessárias e restrição (intervenção no conteúdo é restrição – deve ser rejeitada - e intervenções na forma de exercício das

---

266 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, nota 41, p. 81.

267 RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 289-371.

268 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89-92.

liberdades são regulamentações que não atingem o âmbito de validade do direito fundamental – são aceitas).

E, por último, cite-se a estratégia de Wolfgang Rübner (1976): “as leis gerais devem ser respeitadas também no exercício de um direito fundamental”<sup>269</sup>, isso é, as leis gerais não devem afetar o âmbito de proteção limitado do direito fundamental, pois referem-se a condutas que não fazem parte do âmbito de proteção da norma. Logo, como essas leis não estariam a restringir, a ponderação não se faria necessária. Cabe ao intérprete definir o âmbito de proteção do direito fundamental.<sup>270</sup>

### 5.2.1 Principais críticas à teoria do suporte fático restrito

Muitas são as críticas a essa teoria. Dentre elas, pode-se citar:

a) âmbito restrito impede a atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais à realidade. Buscar a intenção do legislador quando da criação da Constituição para delimitar o âmbito de proteção é muito conservador. A Constituição brasileira é nova, tem apenas 25 anos, mas, na época de sua promulgação, a privacidade das pessoas não era ameaçada pela crescente digitalização de informações ou pela internet, não se pensava que a realização da igualdade poderia necessitar de ações afirmativas;<sup>271</sup>

b) apenas ações específicas e típicas fazem parte do âmbito normativo de determinado direito, isso é, só o estruturalmente necessário, típico e não substituível se beneficia da proteção jusfundamental, o que acaba por proteger somente o que é tradicional, convencional. O âmbito deve ser construído com plasticidade suficiente para que uma mesma ação ou modalidade de exercício possa ser incluída, ou dele excluída, conforme as necessidades do momento. Se somente o estruturalmente necessário, típico e não substituível beneficia da proteção jusfundamental, então tudo

---

269 RUFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: STARCK, Christian (Org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, Tübingen: Mohr, 1976, p. 456 *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 318.

270 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 457-458.

271 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

o mais pode ser afetado sem possibilidade de invocação dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais;<sup>272</sup> e

c) simples formas de regulamentação podem implicar em restrições ao conteúdo do direito fundamental. Recorre-se, aqui, a um exemplo de Alexy: os representantes de uma cidade de diferentes concepções conclamam os cidadãos a participarem de frequentes debates que serão realizados no principal parque da cidade. Os cidadãos comparecem em massa e a Administração Municipal não gosta da ideia por alguma razão: debates noturnos atrapalham outros moradores etc. Por isso, a Administração proíbe as reuniões, a não ser nas tardes de domingo – e, como alternativa, oferece um estacionamento na periferia da cidade. A regulamentação é meramente acerca do local e do horário, mas, mesmo assim, representa uma restrição às liberdades de reunião e expressão. Enfim, em qualquer tipo de intervenção (regulamentação ou restrição), será necessária a ponderação no caso concreto;<sup>273</sup> e

d) não tem resposta para os casos situados na zona grise, em que a ponderação se faz necessária ou quando apresenta resposta, ela é contraditória.<sup>274</sup>

Segundo Alexy:

Ela é contraditória quando permite que a exclusão do suporte fático dependa de um sopesamento, já que a sua tese principal é a da possibilidade de exclusão do suporte fático independentemente de sopesamentos. Ela conduz a construções excessivamente complicadas quando pressupõe nos casos de clara prevalência das contra-razões uma exclusão do suporte fático, e nos casos duvidosos defende uma solução do problema da restrição que se baseia no sopesamento.<sup>275</sup> (ALEXY, 2008, p. 321).

### 5.3 Suporte fático amplo

A teoria do suporte restrito concentra-se na definição do que é protegido e o que é uma intervenção estatal, excluindo determinadas condutas de antemão do âmbito de proteção do direito fundamental.

Aqui, desloca-se o foco da argumentação.

272 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 417- 427.

273 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100-101.

274 O próprio Müller recorre à concordância prática sempre que se de demonstre a necessidade imperiosa de exercer o direito fundamental nestas circunstâncias fronteiriças. (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 418).

275 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 321.

Para a teoria ampla da previsão normativa, qualquer atividade, conduta ou comportamento, aos quais se possam invocar razões de direitos fundamentais, estão *prima facie* protegidos pelo direito fundamental. Logo, caso possa argumentar que determinado comportamento está inserido no âmbito de proteção da norma, que ele se enquadra em uma perspectiva de direito fundamental, automaticamente se conclui que se está diante de uma conduta que expressa um exercício de direito fundamental.<sup>276</sup> Todas as hipóteses que possam teoricamente caber na previsão do direito não podem, à partida, ser excluídas do direito.<sup>277</sup>

O suporte amplo preocupa-se com a fundamentação no momento da intervenção. As condutas, *a priori*, são abarcadas pelo âmbito de proteção, mas dependerão de ponderação no caso concreto para decidir acerca da proteção definitiva.<sup>278</sup> Essa técnica determinará, no plano dos fatos, o que é por ele protegido. Determinadas condutas que são excluídas do suporte fático pela teoria do suporte restrito podem ser, pelo menos em princípio, objeto de restrição em uma teoria de suporte amplo.<sup>279</sup>

Mas então “o que é protegido *prima facie* por esse direito”?<sup>280</sup>

Para o alemão Alexy (2008), é toda conduta ou situação que apresente uma característica que, considerada isoladamente, seja suficiente para integrar o suporte fático, mesmo que outras características estejam presentes.<sup>281</sup>

Assim, para essa teoria, por mais absurdo que possa parecer, efetuar sacrifícios humanos está, *a priori*, contido no âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa; matar um ator no palco para dar mais veracidade a cena está, *a priori*, contido no âmbito de proteção do direito de liberdade artística.

Volte-se ao exemplo do Partido Liberal, que, em 2001, entrou com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2566 alegando que o art. 4º da Lei nº 9612/1998, que proíbe “o proselitismo de qualquer natureza” na programação da radiofusão

---

276 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

277 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 120.

278 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p 94 e 109.

279 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 326.

280 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

281 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 322.

comunitária, consistiria em censura inconstitucional e feriria, dentre outros, a liberdade de expressão, liberdade de crença e liberdade de imprensa. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello, vencidos, entenderam que fazer proselitismo é sim exercer a liberdade de expressão e de imprensa e rejeitaram a exclusão do proselitismo do suporte fático da liberdade de expressão e de imprensa. Para eles, proibir antecipadamente a veiculação de algo é censura. Proselitismo faz parte do âmbito de proteção dessas liberdades.<sup>282</sup>

Jorge Miranda (2010) rejeita a teoria ampla da previsão normativa. Para ele, primeiro precisa-se definir o objeto que se pretende restringir para depois falar em restrição. É juridicamente óbvio que determinados comportamentos ou pretensões não se encontram cobertos pela proteção concedida pela norma constitucional: a liberdade de profissão não protege a prostituição ou a atividade contrabandista; a liberdade de expressão não permite insultar outrem. E, ainda que existam zonas de incertezas, haverá sempre condutas, comportamentos ou situações cuja localização fora do âmbito de proteção é incontroversa. Quando da restrição, ocorre uma compressão legal do âmbito de proteção (potencial) do direito até se alcançar o seu conteúdo efetivamente protegido. A restrição somente inicia-se quando termina a demarcação do âmbito de proteção, o traçar das fronteiras externas do próprio direito. É uma operação situada no plano interpretativo, mas que pode projetar-se em lei (regulamentadora, concretizadora ou confortadora, mas não restritiva).<sup>283</sup> Ainda, noticia que a teoria defendida por Alexy parte de uma visão irrestrita do suporte fático,

Como se os direitos fundamentais fossem manifestações indiferenciadas de uma liberdade pré-estatal e mesmo pré-jurídica, esquecendo a necessária inserção sistemática dos direitos, o efeito diferenciador e conformativo que resulta da sua positivação constitucional (...). Fechando a possibilidade de uma exclusão prévia do âmbito de proteção do direito de condutas e pretensões que claramente não merecem qualquer tipo de tutela constitucional, esta corrente de pensamento conduz a situações juridicamente claudicantes.<sup>284</sup> (MIRANDA, 2010, p. 368).

---

282 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 116-118.

283 MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, , 2010, p. 346-347.

284 Ibidem, p. 346-347 e 368.

### 5.3.1 Principais críticas à teoria do suporte fático amplo

Assim como as críticas da doutrina à teoria do suporte restrito, as críticas à concepção da previsão normativa ampliativa também são inúmeras, dentre as quais pode-se citar:

a) confere uma proteção constitucional exacerbada, razão pela qual haveria uma paralisação na legislação;<sup>285</sup>

b) a teoria fere princípios morais (por exemplo, ao sustentar que, *prima facie*, fazer sacrifícios humanos durante um culto religioso está garantido pelo direito à liberdade religiosa);<sup>286</sup>

c) a teoria contribui para que ocorra uma “expansão dos direitos fundamentais”, pois quase todo conflito jurídico se torna um caso envolvendo direitos fundamentais e, por consequência, um deslocamento de fundamentação legal para constitucional.<sup>287</sup> Todo ato estatal fica situado no domínio dos direitos fundamentais, aumentando as colisões e multiplicando os atos dos Poderes Públicos e a aplicação das exigências do Estado de Direito – “limites aos limites” dos direitos fundamentais seriam aplicáveis em qualquer circunstância;<sup>288 289 290</sup>

d) não há uma suficiente distinção metodológica entre o plano primário da delimitação da previsão normativa e o plano dos limites dos direitos fundamentais. Assim, sobrecarrega o plano dos limites e deposita aí toda a solução dos problemas da compatibilização dos direitos, já que ela não define no primeiro plano o que é que

---

285 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

286 Idem.

287 STARCK, Christian Starck. *Die Grundrechte des Grundgesetzes*. JuS 21, 1981, p. 245-246. *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 326.

288 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 414-415.

289 Alexy refuta essa crítica diferenciando conflitos reais (“não suscita dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção de direitos fundamentais, de forma que não há como não se recorrer a uma argumentação no âmbito dos direitos fundamentais”) e potenciais (“se uma argumentação jurídica no âmbito de direitos fundamentais, embora possível, for totalmente dispensável, por não haver dúvidas acerca da compatibilidade da argumentação jurídica ordinária com os direitos fundamentais”). (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 326-327).

290 Jorge Reis Novais também noticia que os adeptos da teoria contrária rebatem essa crítica baseados no seguinte argumento: recorrem à Justiça Constitucional quem necessita de uma proteção definitiva e não simplesmente para saber se sua conduta está inserida no suporte fático e abrangida por uma restrição. (NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014).

os direitos fundamentais protegem enquanto garantias jurídicas (conteúdo protegidos dos direitos fundamentais);<sup>291</sup>

e) confusão entre liberdade geral de ação, liberdade jurídica protegida (liberdade constitucionalmente garantida em Estado Democrático de Direito) e direitos fundamentais. A proibição de matar constitui um constrangimento da liberdade, mas não de uma liberdade juridicamente protegida; não é uma restrição porque não há, em Estado de Direito, o reconhecimento de que cada um pode fazer aquilo que quiser. A liberdade geral de ação deve ser acompanhada dos reconhecimentos dos “limites naturais” que lhe são próprios: os direitos dos outros, a lei moral e a ordem constitucional. A própria natureza jurídica da garantia não dispensa o trabalho de interpretação (de determinação da medida da liberdade);<sup>292</sup> e

f) subversão do equilíbrio da separação do poder judicial em termos de sobrecarga do poder judicial e, dentro deste, da justiça constitucional<sup>293</sup>.

#### 5.4 Suporte fático intermediário

Na teoria ampliativa, a mera representação de um “direito fundamental” a matar, a roubar ou a torturar é tão estapafúrdia e tão contrária à racionalidade da tradição dos direitos do homem e à consciência jurídica que acaba por se tornar insusceptível fundamentar qualquer teoria constitucionalmente adequada de delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, não é uma construção jurídica dogmaticamente plausível.<sup>294</sup>

A concepção restritiva pretende excluir da proteção do direito fundamental aquilo que só aparentemente nela está incluído. Na maior parte das situações duvidosas, tende a ocultar as verdadeiras razões que conduziram à decisão (prevalência de um interesse sobre o outro) e a concepção ampliativa garante transparência total dos procedimentos de ponderação que fundamentam o resultado final, obrigando a fundamentação do caso concreto.<sup>295</sup>

---

291 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 410.

292 Ibidem, p. 411-413.

293 Ibidem, p. 415.

294 Ibidem, p. 409-410.

295 Ibidem, p. 416.

Com efeito, alguns doutrinadores, como Jorge Reis Novais (2003), propõem a adoção de uma teoria intermediária, que pende mais para uma concepção ampliativa – concepção ampliativa mitigada.<sup>296</sup> Essa teoria parte da necessidade de uma delimitação da previsão normativa do direito fundamental, com adoção de outros critérios mais ou menos seletivos de inclusão ou exclusão. Para ele, essa fase de delimitação do âmbito de proteção não deve considerar a intervenção ou restrição, pois é uma fase de concretização dos direitos fundamentais, devendo-se analisar o que pode ser incluído na proteção garantida pelos direitos fundamentais e o que deve ser excluído, dispensado juízos de valoração ou ponderação de interesses.<sup>297</sup>

Nessa senda, a delimitação da previsão normativa deve, pelo menos, excluir aquilo que claramente não pode ser considerado pela consciência jurídica próprio de um Estado de Direito como exercício jusfundamentalmente protegido, ou seja, não se incluem, de antemão, no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, todos os comportamentos ou ações que constituem ilícito penal em sentido jurídico-material ou, mesmo que não sejam objetos de sanção penal, sejam incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade e, por consequência, resultem em reprovação social e jurídica consensual (comportamentos que, pela sua evidente e particular danosidade à sociedade, são excluídos do âmbito de proteção por incompatibilidade com as exigências mínimas de uma vida em comunidade, ou seja, a consideração como crime não é controversa na nossa civilização).<sup>298</sup>

Assim, nem tudo que é proibido pela lei penal deve ser considerado excluído do âmbito de proteção do direito fundamental, mas um comportamento só deve ser, à partida, excluído, se for um ilícito penal qualificado. Logo, matar, roubar e torturar não podem ser considerados exercícios de direito fundamental, mas aborto e eutanásia, em certas circunstâncias, não são excluídos à partida do exercício do direito fundamental, “na medida em que os valores que justificam a lei criminalizadora não apresentem face a elas uma supremacia de tal forma constringente que assegure

---

296 Entendemos que a teoria do autor encontra-se mais próxima da teoria ampliativa porque mais inclui do que exclui condutas do âmbito de proteção da norma jusfundamental. Em aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014, informou que, em termos de fundamento, a teoria está mais perto da restritiva, pois a ampliativa tende a prescindir a fase da interpretação jurídica e a conclusão da sua tese “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição” – direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação - não exclui esta fase, que considera necessária para verificar o que está ou não contido no âmbito de proteção da norma, conforme explicitado infra, no capítulo 4.

297 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 420-425.

298 Ibidem, p. 425-427.

uma criminalização não controversa consensual e civilizacionalmente reconhecida como indispensável”.<sup>299</sup>

Ao contrário da teoria restritiva de Müller (protege apenas o típico, necessário e insubstituível), desde que uma dada ação não seja liminar e evidentemente excluída da possibilidade de configuração como exercício de direito fundamental específico, ela beneficia sempre, pelo menos indiretamente, de alguma proteção jusfundamental. Logo, para essa concepção, leis que sancionam a prática de homicídio durante um culto religioso e a condução em alto estado de embriaguez não são restrições da liberdade de religião e do desenvolvimento da personalidade porque, à partida, essa é uma modalidade excluída do âmbito de proteção desse direito fundamental. Pintar com um tubo de spray o carro alheio não está inserido no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade artística. Casos resolúveis a partir de critérios de evidência proporcionam uma estabilidade jurídica muito maior do que a alcançada por juízos de ponderação em que se decida, não o que está protegido, mas qual o interesse que deve prevalecer sobre o outro. Logo, a carga de argumentação para alterar decisões desse peso é muito maior.<sup>300</sup>

Nessa senda, para os casos difíceis constituídos pelas situações que, não se tendo consumados como candidatos positivos ou negativos da previsão normativa e não sendo objeto de qualquer previsão adicional expressa nas normas constitucionais, que geram controvérsias quando se trata de definir se beneficiam ou não, mesmo que à partida de proteção jusfundamental, Jorge Reis Novais propõe uma estratégia de *defining out*, ou seja, de inclusão inicial no âmbito protegido e de posterior exclusão de categorias ou modalidades e exercício que apenas aparentemente beneficiavam da proteção, cabendo, porém, ao legislador, Administração e Tribunais que têm, cada um a seu modo, acesso direto a esse primeiro momento de concretização de direitos fundamentais, demonstrar por que razão uma determinada categoria ou modalidade de exercício que, à partida, mantém afinidades com a previsão normativa, deve dela ser excluída (cabe a eles o ônus de justificação da exclusão).<sup>301</sup>

---

299 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 428-429.

300 Ibidem, p.429-434.

301Ibidem, p. 434-435.

Todavia, essa legitimidade não pode ser utilizada para privar as intervenções de relevância jusfundamental de um controle adequado. Assim, preenchidos os requisitos primários (manutenção de afinidades aparentes com o âmbito de proteção do direito fundamental e não eliminação num primeiro controle de evidência) é ao Poder Público que compete demonstrar e justificar a exclusão de proteção.<sup>302</sup>

Canotilho (2003) parece ser adepto dessa teoria, pois defende que a operação da definição do âmbito de proteção é uma tarefa metódica, cujas regras não apresentam qualquer modificação fundamental ao procedimento metódico geral de concretização das normas constitucionais. Por exemplo, em face de uma lei restritiva da liberdade de profissão (CRP, art. 47º), é necessário delimitar o âmbito de proteção da norma consagradora dessa liberdade e, através desse procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma abrangem apenas as atividades lícitas, excluindo as atividades ilícitas (contrabandista e prostituição).<sup>303</sup>

Com efeito, tendo em vista essa posição intermediária, as críticas a ela ficam claramente minimizadas, pois:

a) não confere uma proteção constitucional exacerbada, razão pela qual não haveria a tal paralisação na legislação;

b) não seria tão “desonesta”, pois elimina bem menos por meio das restrições, o que havia protegido anteriormente;

c) não geraria a tal “expansão dos direitos fundamentais” em que todo conflito jurídico se torna um caso envolvendo direitos fundamentais;

d) nem todo ato estatal ficaria situado no domínio dos direitos fundamentais, o que automaticamente diminui as colisões e a aplicação dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais; e

d) há uma suficiente distinção metodológica entre o plano primário da delimitação da previsão normativa e o plano dos limites dos direitos fundamentais.

---

302 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.436-437.

303 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1275.

## 6 TEORIAS DA RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 6.1 Teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais: Interna, Externa, Direitos fundamentais como princípios e Direitos afetados por uma reserva geral imanente de ponderação

As teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais procuram justificar, cada qual à sua maneira, a possibilidade de um direito fundamental garantido por norma constitucional ser restringido pelo Poder Público. Outra questão relacionada intrinsecamente com essas teorias é como se dá o controle dessa restrição.

A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem a restrição a direitos fundamentais e buscam justificar a legitimidade desse instituto jurídico por meio dessas teorias.

Como não se pode separar o trabalho daquele que o presta, os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, aumentando-se a probabilidade de limitação dos seus direitos fundamentais.

Assim, procura-se demonstrar, no transcorrer deste capítulo, uma interligação entre as teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais e a restrição a direitos fundamentais dos empregados, em razão da necessidade de se consolidar, no Brasil, uma sistemática de controle dos atos restritivos comprometida com os chamados “limites aos limites”, enquanto instrumento decisivo de controle de constitucionalidade e, por consequência, assegurar uma maior eficácia aos direitos fundamentais dos empregados.

#### 6.1.1 Teoria interna

A teoria interna dos limites aos direitos fundamentais surgiu nos anos 1960 como crítica à teoria externa e foi originariamente desenvolvida por Peter Härbéle, na sua obra *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*.<sup>304</sup>

---

304 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed., Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

Härbele (1997) parte do pressuposto de que “a normatividade dos direitos fundamentais deve ser considerada, em atenção à sua função social, do ponto de vista da realidade social a que eles fazem referência”.<sup>305</sup>

A teoria interna entende haver, desde o momento inicial, o direito com um determinado conteúdo. Assim sendo, uma posição jurídica que exceda tal conteúdo não existe, não tendo proteção jusfundamental. Logo, pressupõe a não-limitação de direitos fundamentais.<sup>306</sup>

Com efeito, os defensores da teoria interna sustentam que, quando a Constituição consagra os direitos fundamentais, já os consagra com os seus limites. Todos os direitos fundamentais já nascem com seus próprios limites imanentes. Os limites de cada direito são algo interno a ele, ou seja, os limites são imanentes ao próprio direito, razão pela qual excluem as restrições externas.

Os limites imanentes são “uma consequência do conceito de direito fundamental”<sup>307</sup>.

E que limites são esses?

Por exemplo: o limite de não ofender o direito dos outros – ideia de que um direito está limitado ao direito dos outros é um limite imanente ao próprio direito; pela lei moral; e pelo interesse público.<sup>308</sup>

Para a teoria interna, os limites são dimensões intrínsecas aos direitos (não existindo lugar para o conceito de restrição, nem para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo). A função da determinação do conteúdo e dos limites de cada direito fundamental incumbe ao legislador (consagrados sob uma reserva abrangente de lei geral).<sup>309</sup>

Conforme assevera Freitas (2007), a teoria interna não comporta restrição de direito fundamental, pois tal conceito implica diminuição do seu conteúdo. Os limites são imanentes e o conteúdo do direito fundamental é definido desde o entendimento que se deva ter da norma de direito fundamental que sobre ele dispõe, devendo

---

305 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

306 BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, ano 20, 2000, p. 32.

307 Ibidem, p. 198.

308 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

309 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Príncipia, 2011, p. 119.

obedecer ao seguinte procedimento em busca de tal finalidade: em primeiro lugar, analisar se, nas circunstâncias do caso concreto, houve afetação do âmbito aparentemente protegido. Em segundo lugar, analisar se o conteúdo aparentemente protegido e atingido vale como conteúdo verdadeiramente protegido. A hipótese fática não integra o conteúdo do direito jusfundamental se o conteúdo atingido é só aparentemente protegido, pois excluída, já *a priori*, por uma das modalidades de limites imanentes. Por outro lado, quando há norma infraconstitucional que exclua a hipótese fática da proteção, referida norma está apenas a clarear algo que já estava contido implicitamente na norma. O legislador está apenas a elucidar o que já era limitado de forma imanente.<sup>310</sup>

Mas qual o sentido jurídico dos limites imanentes?

De acordo com Vieira de Andrade (2003), existem, pelo menos, três doutrinas sobre o tema.<sup>311</sup>

A primeira corrente defende que os limites imanentes seriam determinados pelos “limites de não-perturbação” (*Nichtstörungsschranken*), ou seja, cada direito está limitado pela existência dos demais direitos. Todavia, essa cláusula não difere limites imanentes e colisão de direitos, além de que sempre teria uma eficácia limitada.<sup>312</sup>

A segunda corrente advoga a ideia de que os limites imanentes seriam estabelecidos pela “cláusula de comunidade” (*Gemeinschaftsklausel*), isso é, “exigências mínimas da vida em sociedade” enquanto valores fundantes sem os quais a comunidade não poderia subsistir, dentre as quais estariam os direitos dos outros, a lei moral ou a ordem pública (constitucional). Os opositores dessa corrente sustentam que essa “cláusula de comunidade” é demasiado vaga, não oferecendo um apoio seguro a uma aplicação racional e fundada nos preceitos constitucionais.<sup>313</sup>

E, por último, há os que defendem que os direitos fundamentais estão (imanentemente) limitados pelas “leis gerais”, ou seja, pelas normas ordinárias imperativas (designadamente civis ou penais). Mas, para Vieira de Andrade, admitir essa ideia de limites imanentes arriscar-se-ia a sujeitar todos os direitos fundamentais

---

310 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

311 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 286-287.

312 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 218. A crítica é formulada por Otto Bachof.

313 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 218.

a uma reserva de lei, “invertendo a hierarquia das normas e fazendo-nos regressar ao tempo em que os direitos fundamentais só existiam no quadro das leis ordinárias”.<sup>314</sup>

Ocorre que os direitos fundamentais podem estar previstos sem reserva legal, com reserva legal simples ou com reserva legal qualificada.<sup>315</sup> Nessa senda, contemplada a reserva legal como a estipulação de certas habilitações feita pelo constituinte em favor do legislador infraconstitucional para que este realize a imprescindível e perpétua acomodação dos direitos às relações sociais<sup>316</sup>, a depender da teoria que adote quanto à previsão normativa dos direitos fundamentais (conteúdo dos direitos fundamentais), se poderá concluir que, nos casos de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, estar-se-ia frente a direitos absolutos, isso é, direitos ilimitados<sup>317</sup>.

Aqui, não há que se falar em conflitos entre direitos, rejeitando-se, por consequência, a ponderação de interesses, donde conclui Virgílio Afonso da Silva (2009) que: “direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”.<sup>318</sup> Desse modo, ela sempre segue o raciocínio de tudo-ou-nada. Neste diapasão, quando um indivíduo exerce um direito garantido pela norma de direito fundamental, ele está exercendo um direito subjetivo definitivo, que será exercido no âmbito de seus limites.<sup>319 320</sup>

Então, trata-se de direitos fundamentais absolutos?

Os adeptos dessa teoria afirmam que não, pois os direitos já têm seus próprios limites definidos pela Constituição; os limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais. O intérprete tem a função de clarear esses limites, declarando limites previamente existentes.<sup>321</sup>

---

314 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 218-219.

315 Cf. 3.3.1 do Capítulo 3 deste trabalho.

316 GUERRERO, Manuel Medina. *La Vinculacion Negativa Del Legislador a Los Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw, 1996, p. 47.

317 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

318 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-130.

319 Idem.

320 Revendo posicionamento anterior, J. J. Canotilho entende limites imanentes como produto de sopesamento de direitos colidentes. (CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1273).

321 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

Para Härbele (1997), no campo dos limites aos direitos fundamentais, “se deve recorrer a uma fórmula que evidencie a relação de imanência entre a norma de direito fundamental e os demais bens jurídicos”,<sup>322</sup> razão pela qual utiliza a expressão “limites imanentes”<sup>323</sup>.

O legislador ordinário ou o juiz do caso concreto quando concretizam o conteúdo do direito, estão apenas a revelar aquilo que estava imanentemente contido, não é uma atividade limitativa, restritiva, ou seja, apenas revela o que estava contido.

Quando se analisa uma lei, não é verificado se ela restringiu ou não o direito fundamental, mas se a lei não ultrapassou os limites do direito. Por conseguinte, “não se fala de restrições, mas sim de limites dos direitos fundamentais, porque se quer eliminar toda a recordação da concepção que configura como admissíveis limites aos direitos fundamentais impostos do exterior”<sup>324</sup>. “O legislador, ao concretizar esses limites imanentes, não vulnera estes últimos, não os relativiza e antes os reforça, garante e determina”<sup>325</sup>, dito de outro modo, “não regula um direito que se coloca em contraste com o sistema dos direitos fundamentais, dando, ao invés, execução a esses direitos”<sup>326</sup>.

O problema dessa teoria é a definição do que está protegido pela norma de direito fundamental, exatamente igual ao problema do suporte restrito. Aqui, analisa-se se o comportamento está ou não contido no âmbito da proteção da norma de direito fundamental. Com efeito, a interpretação é no sentido de que permanece no conteúdo do direito apenas o que é necessário para o exercício do direito. Assim, se estiver contido, a conclusão é de que não pode ser restringido. Por outro lado, se não estiver contido, não se trata de situação a ser resolvida no âmbito do direito fundamental. Logo, esse preceito é subjetivista e intuitivo.<sup>327</sup>

---

322 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 109.

323 Idem.

324 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 114.

325 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental em el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 116.

326 Idem.

327 NOVAIS, Jorge Reis Novais. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

Os limites imanentes são vistos como elementos naturais de demarcação do âmbito de proteção do direito, afastando a ideia de uma previsão normativa alargada.<sup>328</sup>

Para o professor Virgílio Afonso da Silva (2009) existe uma incompatibilidade entre a ideia de limites imanentes e princípios como normas (mandamentos de otimização) e, por consequência, a exigência de sopesamento (teoria de Alexy), haja vista que os limites de cada direito são definidos de antemão, já estão inseridos no próprio direito, não admitindo restrição externa.<sup>329</sup>

Se um direito está garantido na Constituição, não pode o poder constituído restringir esse direito – criar limites ao direito –, sob pena de inconstitucionalidade. Não há restrições legítimas a direitos fundamentais.

Nessa senda, ou a lei intervém legitimamente, acomodando a existência do direito aos valores que o cercam, ou restringe o direito fundamental de forma ilegítima.<sup>330</sup>

Na visão dessa teoria, a restrição é inadmissível, pois contraria a lógica da Constituição e da lei. Se o direito está garantido na Constituição, não pode sofrer limites, uma vez que o legislador constituinte originário já os criou. Qualquer direito é delimitável, com fronteiras, com um conteúdo certo onde está o seu limite. O legislador ordinário não pode restringir. Assim, apenas regula, explicita os limites estabelecidos no direito fundamental (declara o conteúdo do direito) e o juiz terá a função de controlar essa regulamentação. O legislador explicita o que está contido no direito fundamental.

De acordo com Häberle:

O legislador, ao concretizar os limites essenciais dos direitos fundamentais, está a positivizar limites que já existiam desde o princípio (...) e que não aparecem como limites trazidos posterior e exteriormente ao direito fundamental<sup>331</sup>, isto é, “os direitos fundamentais são originariamente tutelados por limites imanentes ao conjunto substancial do sistema constitucional dos valores, ao contrário do que afirma a concepção que parte

---

328 MIRANDA, Jorge *et al.* *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 367.

329 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164-166.

330 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. *Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 129. 331 *Ibidem*, p. 115.

originariamente de uma liberdade absoluta, ilimitada e só posteriormente corrigida por algumas limitações<sup>332</sup>. (HABERLE, 1997, p. 115).

Assim, como se daria o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro de leis e decisões judiciais trabalhistas no âmbito dessa teoria?

Passa-se à análise de alguns exemplos.

Para essa teoria, o parágrafo único do art. 26 da Lei Complementar 150, de 01 de junho de 2015<sup>333</sup>, que assegura às domésticas o direito à estabilidade provisória no emprego por ocasião da gravidez, não restringe o direito à intimidade e privacidade do empregador, mas apenas revela os limites imanentes implícitos do direito à intimidade e vida privada do empregador doméstico, visto que tais liberdades, devido a seus limites imanentes, nem ao menos protegem tal ato – a não reintegração do empregado ao emprego. Não há que se falar em restrição, mas de meros limites que decorrem da própria Constituição. A regulação legal não teria ultrapassado os limites do direito à intimidade e privacidade do empregador.

E qual a consequência dessa visão doutrinária?

A consequência é grave: não há necessidade de fundamentação constitucional para determinar a reintegração. Bastam juízos de conveniência e oportunidade. Em outras palavras: se o ato de não reintegrar o empregado não é protegido pelo direito à intimidade e privacidade do empregador – ou qualquer outra norma de direito fundamental –, isso significa que o ato de reintegrar está ligado a questões meramente legais, e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade.

Do mesmo modo, o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>334</sup> não restringe os direitos fundamentais ao adicional noturno, à duração do trabalho normal

332 HÄRBELE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 115.

333 Parágrafo único do art. 26 da Lei Complementar 150/2015: “A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. (BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 21 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46)> Acesso em: 8 set. 2016).

334 Art. 62 da CLT: “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; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se

não superior a oito horas diárias e 44 semanais e o conseqüente pagamento das horas extras dos empregados que exercem atividade externa e dos gerentes, mas apenas evidencia os limites imanentes implícitos desses direitos. Não há restrição, mas, sim, limites que decorrem da própria Constituição. Ou seja, a exclusão dos empregados externos e dos gerentes desses direitos é uma questão meramente legal não submetida ao controle de constitucionalidade.<sup>335</sup>

O inciso II, do art. 7º da Constituição Federal de 1998<sup>336</sup> elevou o benefício previdenciário seguro-desemprego à categoria de direito fundamental.

Em 11 de janeiro de 1990, os artigos 3º e 4º da Lei nº 7.998<sup>337</sup> estabeleceram os requisitos para a percepção do seguro-desemprego para o trabalhador dispensado sem justa causa quando da primeira, segunda e demais solicitações.

---

equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)". (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994) (BRASIL. Decreto-lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 08 set. 2016).

335 No mesmo sentido, o art. 28, parágrafo 4º, inciso II e VI, da Lei 12.395/2011, que não asseguram aos atletas profissionais de futebol duração de jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta quatro semanais e o conseqüente pagamento de horas extras:

“Art. 28 § 4º “Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;

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”. (BRASIL. Lei n. 12.395/2011. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 17 mar.2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm)> Acesso em: 08 set. 2016)

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

(...)

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

(...) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)> Acesso em: 08 set. 2016).

337 Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa;

~~I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~a) a pelo menos dezoito meses nos últimos vinte e quatro meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da primeira solicitação; (Incluída pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~b) a pelo menos doze meses nos últimos dezesseis meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da segunda solicitação; e (Incluída pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~c) a cada um dos seis meses imediatamente anteriores à data da dispensa quando das demais solicitações; (Incluída pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a: (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônoma, durante pelo menos 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses; (Vide Lei 8.845, de 1994) (Revogado pela Medida Provisória nº 665, de 2014)~~

~~II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973;~~

~~IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e~~

~~V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.~~

~~VI - matrícula e frequência, quando aplicável, nos termos do regulamento, em curso de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional habilitado pelo Ministério da Educação,~~

~~o~~  
~~nos termos do art. 18 da Lei n.º 12.513, de 26 de outubro de 2011, ofertado por meio da Bolsa-Formação Trabalhador concedida no âmbito do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego~~

~~o~~  
~~(Pronatec), instituído pela Lei n.º 12.513, de 26 de outubro de 2011, ou de vagas gratuitas na rede de educação profissional e tecnológica. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)~~

~~§ 1º A União poderá condicionar o recebimento da assistência financeira do Programa de Seguro-Desemprego à comprovação da matrícula e da frequência do trabalhador segurado em curso de formação inicial e continuada ou qualificação profissional, com carga horária mínima de 160 (cento e sessenta) horas. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)~~

~~§ 2º O Poder Executivo regulamentará os critérios e requisitos para a concessão da assistência~~  
~~o~~  
~~financeira do Programa de Seguro-Desemprego nos casos previstos no § 1º, considerando a disponibilidade de bolsas-formação no âmbito do Pronatec ou de vagas gratuitas na rede de educação profissional e tecnológica para o cumprimento da condicionalidade pelos respectivos beneficiários. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)~~

~~§ 3º A oferta de bolsa para formação dos trabalhadores de que trata este artigo considerará, entre outros critérios, a capacidade de oferta, a reincidência no recebimento do benefício, o nível de escolaridade e a faixa etária do trabalhador. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)~~

~~§ 4º O registro como Microempreendedor Individual - MEI, de que trata o art. 18-A da Lei~~  
~~o~~  
~~Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, não comprovará renda própria suficiente à manutenção da família, exceto se demonstrado na declaração anual simplificada da microempresa individual. (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016)~~

~~Art.3º-A. A periodicidade, os valores, o cálculo do número de parcelas e os demais~~

procedimentos operacionais de pagamento da bolsa de qualificação profissional, nos termos do art.

<sup>o</sup>  
2 -A desta Lei, bem como os pré-requisitos para habilitação serão os mesmos adotados em relação ao benefício do Seguro-Desemprego, exceto quanto à dispensa sem justa causa. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

~~Art. 4º O benefício do seguro desemprego será concedido ao trabalhador desempregado, por um período máximo de 4 (quatro) meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo de 16 (dezesseis) meses, contados da data de dispensa que deu origem à primeira habilitação. (Vide Lei nº 8.900, de 1994).~~

~~Parágrafo único. O benefício do seguro desemprego poderá ser retomado a cada novo período aquisitivo, satisfeitas as condições arroladas no art. 3º desta Lei, à exceção do seu inciso II.~~

~~Art. 4º O benefício do seguro desemprego será concedido ao trabalhador desempregado por um período máximo variável de três a cinco meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo, cuja duração, a partir da terceira solicitação, será definida pelo Codefat. (Redação dada pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~§ 1º O benefício do seguro desemprego poderá ser retomado a cada novo período aquisitivo, satisfeitas as condições arroladas nos incisos I, III, IV e V do ~~caput~~ do art. 3º. <sup>e</sup> (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~§ 2º A determinação do período máximo mencionado no ~~caput~~ observará a seguinte relação entre o número de parcelas mensais do benefício do seguro desemprego e o tempo de serviço do trabalhador nos trinta e seis meses que antecederem a data de dispensa que originou o requerimento de seguro desemprego, vedado o cômputo de vínculos empregatícios utilizados em períodos aquisitivos anteriores: (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~I para a primeira solicitação: (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~a) quatro parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo dezoito e no máximo vinte e três meses, no período de referência; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~b) cinco parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo vinte e quatro meses, no período de referência; (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~II para a segunda solicitação: (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~a) quatro parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo doze meses e no máximo vinte e três meses, no período de referência; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~b) cinco parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo vinte e quatro meses, no período de referência; e (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~III a partir da terceira solicitação: (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~a) três parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo seis meses e no máximo onze meses, no período de referência; (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~b) quatro parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo doze meses e no máximo vinte e três meses, no período de referência; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~c) cinco parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo vinte e quatro meses, no período de referência. (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~§ 3º A fração igual ou superior a quinze dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do § 2º. <sup>e</sup> (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~§ 4º O período máximo de que trata o ~~caput~~ poderá ser excepcionalmente prolongado por até dois meses, para grupos específicos de segurados, a critério do Codefat, desde que o gasto adicional representado por este prolongamento não ultrapasse, em cada semestre, dez por cento do montante~~

~~da Reserva Mínima de Liquidez de que trata o § 2º do art. 9º da Lei nº 8.019, de 11 de abril de 1990. <sup>e</sup> <sup>e</sup> <sup>e</sup> (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014) (Vigência)~~

~~§ 5º Na hipótese de prolongamento do período máximo de percepção do benefício do seguro-desemprego, o Codefat observará, entre outras variáveis, a evolução geográfica e setorial das taxas de desemprego no País e o tempo médio de desemprego de grupos específicos de trabalhadores. (Incluído pela Medida Provisória nº 665, de 2014 (Vigência))~~

Art. 4º O benefício do seguro-desemprego será concedido ao trabalhador desempregado, por período máximo variável de 3 (três) a 5 (cinco) meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo, contados da data de dispensa que deu origem à última habilitação, cuja duração será definida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat). (Redação dada pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 1º O benefício do seguro-desemprego poderá ser retomado a cada novo período aquisitivo, satisfeitas as condições arroladas nos incisos I, III, IV e V do **caput** do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 2º A determinação do período máximo mencionado no **caput** observará a seguinte relação entre o número de parcelas mensais do benefício do seguro-desemprego e o tempo de serviço do trabalhador nos 36 (trinta e seis) meses que antecederem a data de dispensa que originou o requerimento do seguro-desemprego, vedado o cômputo de vínculos empregatícios utilizados em períodos aquisitivos anteriores: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

I - para a primeira solicitação: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

a) 4 (quatro) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, 23 (vinte e três) meses, no período de referência; ou (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

b) 5 (cinco) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) meses, no período de referência; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

II - para a segunda solicitação: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

a) 3 (três) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 9 (nove) meses e, no máximo, 11 (onze) meses, no período de referência; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

b) 4 (quatro) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, 23 (vinte e três) meses, no período de referência; ou (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

c) 5 (cinco) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) meses, no período de referência; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

III - a partir da terceira solicitação: (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

a) 3 (três) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 6 (seis) meses e, no máximo, 11 (onze) meses, no período de referência; (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

b) 4 (quatro) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, 23 (vinte e três) meses, no período de referência; ou (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

c) 5 (cinco) parcelas, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) meses, no período de referência. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 3º A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 4º Nos casos em que o cálculo da parcela do seguro-desemprego resultar em valores decimais, o valor a ser pago deverá ser arredondado para a unidade inteira imediatamente superior. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 5º O período máximo de que trata o **caput** poderá ser excepcionalmente prolongado por até 2 (dois) meses, para grupos específicos de segurados, a critério do Codefat, desde que o gasto adicional representado por esse prolongamento não ultrapasse, em cada semestre, 10% (dez por cento) do montante da reserva mínima de liquidez de que trata o § 2º do art. 9º da Lei nº 8.019, de 11 de abril de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

Sob a ótica da teoria interna, essa lei, ao estabelecer os mencionados requisitos, não restringiu o direito ao seguro-desemprego, mas apenas traduziu os limites imanentes implícitos desse direito. O direito ao seguro-desemprego, quando da elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988, já nasceu com seus próprios limites imanentes. Os limites impostos à percepção do benefício são imanentes ao próprio direito fundamental ao seguro-desemprego.

E onde se encaixa, nos contornos dessa teoria, a hipótese concreta de conflito entre direitos fundamentais não resolvidos pela legislação?

É óbvio que o direito de um indivíduo é limitado pelo direito do outro, mas, no caso concreto, qual direito deve prevalecer?

Cita-se um exemplo prático: um empregador fornece, quando da contratação, para todos os seus empregados, um endereço eletrônico (correio eletrônico corporativo) para ser utilizado como ferramenta de trabalho, tendo como único fim o uso no desempenho das funções relativas a seu emprego. Em decorrência do seu poder empregatício<sup>338</sup>, o empregador passa a monitorar a utilização do correio eletrônico por seus prepostos no ambiente de trabalho. O empregado, que também utiliza o correio eletrônico para assuntos pessoais, sente sua intimidade e privacidade totalmente devastada, razão pela qual ajuíza uma ação pleiteando indenização por danos morais.

Outro exemplo: o caso do empregador doméstico que instala câmeras de vigilância em sua residência para controlar à distância o trabalho da sua empregada

---

§ 6º Na hipótese de prolongamento do período máximo de percepção do benefício do seguro-desemprego, o Codefat observará, entre outras variáveis, a evolução geográfica e setorial das taxas de desemprego no País e o tempo médio de desemprego de grupos específicos de trabalhadores. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015)

§ 7º O Codefat observará as estatísticas do mercado de trabalho, inclusive o tempo médio de permanência no emprego, por setor, e recomendará ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego a adoção de políticas públicas que julgar adequadas à mitigação da alta rotatividade no emprego. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015) (BRASIL. Lei n 7998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa Seguro-Dsemprego e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 11 jun. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998.htm)> Acesso em: 08 set. 2016).

338 Poder empregatício “é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para o exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”. (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 629). Saliente-se que os empregados não estão obrigados a acatar ordens alheias à relação de emprego, pois a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideias, orientação sexual, crenças religiosas e opiniões políticas estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, conforme art. 5, IV, V, VIII e XVII da CF. Nessas situações, justifica-se a desobediência extralaboral. (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora, 2005, p. 555).

doméstica e a despede por justa causa em decorrência de agressões à integridade física dos seus filhos. A empregada, ao saber do vídeo, sente sua intimidade e privacidade totalmente devastada e ajuíza uma ação postulando indenização por danos morais

Há, nesses casos concretos, colisão de direitos fundamentais?

Para a teoria interna, não. Não se está diante de uma situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos e valores por vezes expressos através de deveres fundamentais.

À luz dessa teoria,

Se o direito só tem um conteúdo a priori compatível com a harmonização com esses outros direitos e valores, então desaparece a possibilidade de colisão, já que todo o exercício que eventualmente com eles conflitue já não é reconhecido como exercício do direito, mas ação que se situa para além dos limites do seu conteúdo constitucionalmente reconhecido e, enquanto tal, mesmo que aparentemente surja como exercício do direito é, na realidade, ação sem direito<sup>339</sup>. (HÄBERLE, 1997, p. 291-292).

Poderia, inclusive, se chegar ao absurdo de o juiz deferir o pedido de indenização por danos morais por entender que instalar câmeras de vigilância é uma forma de exercício não protegida pelo direito fundamental à propriedade, pois a própria Constituição, ao enunciar o direito de propriedade, exclui da perspectiva da esfera normativa esse tipo de situação. Logo, não se está diante de uma situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos e valores por vezes expressos através de deveres fundamentais.

A teoria interna dos limites aos direitos fundamentais não contribui em nada no controle da atividade “restritiva” dos Poderes Públicos e favorece, tendencialmente, a legitimação de qualquer particular na realização dessa atividade ou, pelo menos, enfraquece a efetividade dos controles típicos do Estado de Direito a que deveria ser sujeita.<sup>340</sup>

Sendo assim, sempre que se recorrer à existência de limites imanentes a um direito fundamental, num contexto argumentativo, a consequência prática será a

---

339 HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. ed. Heidelberg, 1993. *Utilizou-se a tradução castelhana intitulada: La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 291-292.

340 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 317.

legitimidade da ação restritiva do Poder Público. Todavia, esse desfecho é dificilmente acessível ao crivo da análise crítica, já que, nessa teoria, “se ‘esconde’ o jogo de interesses opostos em disputa e das correspondentes razões e contra-razões que, na realidade, determinaram a decisão”.<sup>341</sup>

#### 6.1.1.1 Principais críticas à teoria interna

As principais críticas que se destacam à teoria interna são:

a) âmbito de proteção restritivo do direito fundamental – pressupõe necessariamente a adoção de uma teoria do suporte fático restrito;

b) o Tribunal Constitucional se omite do controle efetivo de constitucionalidade, pois não se trata de uma atividade verdadeiramente restritiva, criadora, e a tendência desse Tribunal é condescender. Se o legislador está apenas a dizer o que está na Constituição, não se precisa do controle. A teoria se volta para o legislador como se ele fosse um amigo natural dos direitos fundamentais, ou seja, essa teoria é condescendente com a atividade do legislador, que fica sem um controle efetivo;<sup>342</sup>

c) oculta a colisão dos princípios, ou seja, não responde à questão de quando um interesse de um indivíduo pode prevalecer sobre o outro – é obvio que nosso direito é limitado pelo do outro, mas no caso concreto qual deve prevalecer: o meu direito ou o direito do outro?;<sup>343</sup> e

d) na realidade, o legislador cria os limites e essa teoria oculta a verdadeira função do legislador.<sup>344</sup>

#### *6.1.2 Teoria dos direitos fundamentais como princípios*

A teoria dos direitos fundamentais como princípios foi idealizada pelo alemão Robert Alexy (2008) em oposição à teoria interna. O idealizador entende ser adepto da teoria externa. Todavia, corrobora-se com o professor Jorge Reis Novais (2013)

---

341 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 320.

342 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

343 Idem.

344 Idem.

quando defende que se trata de uma teoria autônoma e com uma metodologia diferente da teoria externa<sup>345</sup>, qual seja a ponderação de interesses.

Para Alexy, saber se o intérprete é adepto da teoria externa ou interna é algo que depende necessariamente da distinção entre regras e princípios, isso é, da ideia das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Assim, para ele, se o hermenauta adota concepções de direitos fundamentais como posições *prima facie*, a teoria interna pode ser refutada. Todavia, se se parte de posições definitivas, então, é a teoria externa que o pode ser.<sup>346</sup>

Os defensores da teoria dos direitos fundamentais como princípios partem de uma diferenciação clara entre regras e princípios para assegurarem que a admissão de restrições decorrerá da distinta estrutura das normas de direitos fundamentais, isso é, os direitos garantidos por regras são definitivos, não admitindo restrição (por exemplo: proibição da extradição) e os direitos garantidos por princípios podem ser restringidos em face do peso dos princípios opostos por meio da técnica ponderação de interesses.<sup>347</sup>

Há um conflito normativo quando duas ou mais normas aplicam-se para um mesmo caso concreto e as consequências jurídicas, total ou parcialmente, são incompatíveis.

Nos conflitos entre regras, se duas ou mais regras estabelecem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo – os seus preceitos são excludentes – ou em parte – a solução é o estabelecimento de uma cláusula de exceção em uma delas –, sendo a decisão resolvida no plano da validade. Assim, os conflitos resolvem-se pelo raciocínio “tudo-ou-nada”. Já quando dois princípios, que preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica, colidem, um dos princípios, o de menor peso, terá que ceder, mas ambos continuam válidos. Há, de acordo com Robert Alexy, as relações condicionadas de precedência entre os princípios, com base na situação do caso concreto. Este exemplo deixa a conclusão clara: colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade das pessoas.

---

345 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

346 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

347 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 120.

Não há como realizar esse conflito com a declaração de invalidade de um dos princípios, pois, mesmo após a solução da colisão, ambos os princípios continuam válidos como antes. Tudo dependerá das condições fáticas do caso concreto.<sup>348</sup>

Assim sendo, a aplicação dos princípios depende das condições jurídicas do caso concreto, pois a realização total de um princípio dificilmente não encontrará barreiras na realização de outro princípio – colisão –, razão pela qual a sua aplicação se dá por sopesamento. Por outro lado, a aplicação das regras ocorre por subsunção.

Nessa senda, os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, não possuindo mandamento definitivo. Esses deveres e direitos poderão tornar-se menos amplos após a ponderação entre os princípios conflitantes. Em contrapartida, as regras estabelecem deveres e direitos definitivos, isso é, se uma regra é válida, deve-se realizar exatamente aquilo que ela prevê, nem mais, nem menos, salvo quando é possível estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso.<sup>349</sup> Ao contrário dos princípios, onde pode haver variação quanto ao grau.

No caso de conflito entre regras e princípios, para Alexy, deve-se sopesar o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se funda, pois as regras não são sopesáveis.<sup>350 351</sup>

---

348 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-50.

349 Nesse ponto, Alexy salienta que o caráter *prima facie* que as regras adquirem nesse ponto é diferente daquele dos princípios, pois não basta atribuir um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra, sendo necessário também superar os “princípios formais” (aqueles que estabelecem que as regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas). As regras passam a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios quando se deixa de atribuir peso a esses princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104-105).

350 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, nota 24.

351 O professor Virgílio Afonso da Silva critica essa solução, pois para ele se em qualquer situação jurídica o aplicador do direito poder afastar a regra, o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estrado de Direito democrático, fica comprometido. Assim, para o referido professor, a regra em colisão já é expressão da restrição feita pelo legislador quando da ponderação entre os princípios que garantem direitos fundamentais. Logo, esta regra, expressão da restrição, deve ser aplicada por subsunção. A problemática ocorre quando a regra constitucional, aplicável por subsunção, é incompatível com algum princípio constitucional decisivo para o caso concreto. Uma solução possível dada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Habeas Corpus 83.996, foi a exclusão de uma determinada conduta do tipo penal, mas nem toda colisão entre princípio e regra pode ser assim solucionada. Por outro lado, quando ocorre o sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e outro princípio, as decisões inicialmente são *contra legem* e, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva (produto do sopesamento que decorre de construção jurisprudencial) e logo a aplicação se dá por subsunção. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51-56),

Isso não significa que, em Alexy, toda norma de direito fundamental se reconheça um caráter incondicionalmente principiológico.

Nas palavras de Jorge Reis Novais:

O “modelo combinado” de Alexy resultaria da vinculação entre um nível de princípios (a que pertenceriam todos os princípios susceptíveis de, no domínio dos direitos fundamentais, serem invocados como razões para decisões baseadas em ponderações) e um nível de regras, onde se integra, as disposições de direitos fundamentais que são já o resultado de ponderações entre exigências correspondentes a princípios opostos, incluindo, embora isso não resulte perfeitamente explicitado em Alexy, as ponderações já eventualmente efectuadas pelo legislador constitucional<sup>352</sup>. (NOVAIS, 2003, p. 334-335).

Entretanto, Alexy relata que mesmo as regras detêm um caráter incompleto, pois possibilitam, de alguma maneira, uma decisão livre de ponderação, razão pela qual as normas de direitos fundamentais, *rectius* as regras, congregam um duplo caráter de regra e de princípio, quando a sua formulação inclui uma cláusula de limites orientada a uma ponderação com outros princípios.<sup>353</sup>

No domínio das restrições a direitos fundamentais – objeto do presente estudo – entende-se que, à luz da teoria dos direitos fundamentais como princípios, se considera, em primeiro lugar, que o objeto das restrições não são posições jurídicas definitivas, mas, sim, direitos *prima facie* que seriam convertíveis em direitos definidos em confronto com razões de sinal contrário. Essa teoria parte de uma visão irrestrita da previsão normativa, onde qualquer atividade, conduta ou comportamento, ao qual se possa invocar razões de direitos fundamentais, estão *prima facie* protegidos pelo direito fundamental. Em consequência, potencialmente tudo é conflito jusfundamental carecido de ponderação e, em última análise, verdadeiras restrições.<sup>354</sup>

Para Alexy, toda justificação das restrições a direitos fundamentais reside na ponderação de bens, na avaliação do peso dos princípios ou das regras de direitos fundamentais e de quaisquer outros que se lhe contraponham.<sup>355</sup>

---

352 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 334-335.

353 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139-141.

354 MIRANDA, Jorge et al. *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 368.

355 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

Com efeito, para a teoria dos princípios, à partida, o direito fundamental consagrado como princípio é expansivo, no máximo do possível. Assim, qualquer atividade, conduta ou comportamento, aos quais se possa invocar razões de direitos fundamentais, estão *prima facie* protegidos pelo direito fundamental. Logo, caso o intérprete possa argumentar que determinado comportamento está inserido no âmbito de proteção da norma, isso é, que ele enquadra-se em uma perspectiva de direito fundamental, automaticamente se conclui que se está diante de uma conduta que expressa um exercício de direito fundamental. Em consequência, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas, acabará por se chocar com interesses contrários e esse conflito será solucionado pela ponderação de bens. Nessa senda, a fase da interpretação jurídica da teoria externa (a primeira fase, onde verifica-se o que está protegido no âmbito de proteção da norma) é dispensada na teoria dos princípios.<sup>356</sup>

O professor brasileiro Virgílio Afonso da Silva (2009) entende a teoria dos princípios como pressuposto da teoria externa. De acordo com a teoria dos princípios, as normas se dividem em princípios e regras. Os princípios são mandamentos de otimização, com uma tendência expansiva, logo, devem ser realizados o quanto antes possível.<sup>357</sup> Os direitos fundamentais garantidos por uma norma, com estrutura de princípio, consagram um direito *prima facie* ilimitado, que se diferencia do direito definitivo. Tendo em vista a natureza expansiva, a tendência é colidir com outras normas e a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes no caso concreto, donde nascerá o direito definitivo. Este não é definido de antemão como defende a teoria interna. A definição do conteúdo definitivo do direito é definida, nas palavras do professor, “a partir de fora”.<sup>358</sup>

---

356 Conteúdo retirado das aulas ministrada pelo professor Jorge Reis Novais, no curso de Mestrado da Universidade de Lisboa, na cadeira Justiça Constitucional, nos anos 2012/2013.

357 O professor Luís Pereira Coutinho, em seu artigo “Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais” salienta que falar em princípios não significa necessariamente falar em “comandos de otimização” nos termos propostos por Alexy, discordando de uma postura que “adscreva” aos princípios fundamentais “todas as posições que *pensavelmente* aí possam ser reconduzidas nos limites das margens semânticas dos conceitos utilizados nas previsões normativas jusfundamentais”. Tal posição só é possível num quadro em que seja firmado um princípio de “liberdade principalmente ilimitada” como princípio subjacente à normatividade jusfundamental. Assim, essas normas passam a refletir uma representação liberal dos indivíduos como senhores de uma desparametrizada liberdade primordial, a qual se pretende “otimizada” até o i-limite através das normas fundamentais (“comandos de otimização” com “vocação de expansibilidade máxima”). Para maior reflexão vide COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Centro dos Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, n. 12, p. 7-26, nota 3, 2009.

358 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

Assim, a teoria dos direitos fundamentais como princípios coloca-se numa lógica diferente de limites imanentes ou externos. Ela entende que os problemas dos direitos fundamentais não podem ser discutidos na tônica da teoria externa e interna e sim questionando qual a natureza jurídica dessa norma de direito fundamental. Os direitos fundamentais com natureza jurídica de princípios são direitos *prima facie* e têm uma tendência expansiva, razão pela qual acabarão por entrar em choque com outros princípios. Ocorre que os princípios podem ceder gradualmente a argumentos em sentido contrário no confronto com outros princípios e essa teoria resolve o conflito através da técnica da ponderação de interesses. No caso concreto, verifica-se o princípio que tem prevalência sobre o outro (sopesamento), cabendo aos Poderes Públicos a obrigação de chegar na melhor solução possível.<sup>359 360 361</sup>

A resposta desse impasse não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. A solução largamente difundida defende a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, procurando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios, mostrando-se necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não bastando apenas detectar os valores em jogo, mas construir e se apegar a critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo ao aplicador dos direitos fundamentais conferir importância diferente aos valores por eles densificados, constantemente alerta às circunstâncias do caso concreto e às

---

359 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

360 O professor português Luís Pereira Coutinho entende que a ponderação entre princípios conflitantes somente é possível “se valorativamente enquadrada nos parâmetros que presidem ao sistema jurídico, em último grau, no princípio parametrizador da dignidade humana”. Salaria, ainda, que é no âmbito da dignidade humana que se torna possível apurar qual o bem correspondente a esses princípios jusfundamentais que merece mais respeito. (COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Centro dos Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, n. 12, p. 7-26, 2009).

361 Para o jurista Humberto Ávila, as regras também necessitam da técnica ponderação de interesses, com a peculiaridade de que, neste caso, esta técnica não é aplicada diretamente, pois ocorre a hipótese prevista para sua incidência, como defendido por ALEXY e DWORKIN, é o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos que possibilita enquadrar a norma como princípio ou regra. A implementação das regras não é integral, uma vez que se considera o comportamento por ela descrito em termos de poder ou não ser implementado. Em relação aos princípios, a sua aplicação gradual, o objeto de exame diz com a ausência de descrição da conduta especificamente por eles exigida para que tal se dê. Assim, o estado de coisas estabelecidos pelos princípios como fim pode ser atingido em maior ou menor grau a depender do meio empregado. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39-42).

hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado.<sup>362</sup>

Na ótica dessa teoria, a função da Corte Constitucional, quando do controle de constitucionalidade, é analisar se o legislador ponderou da melhor maneira possível, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade<sup>363 364</sup> (ou máxima da proporcionalidade, segundo Alexy<sup>365</sup>).

Com efeito, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios<sup>366</sup>  
367.

- a) adequação: analisa-se se a medida foi adequada para atingir o fim visado;
- b) necessidade: verifica-se se não havia proibição menos restritiva. A medida adotada deve ser a menos gravosa possível<sup>368 369</sup>; e

---

362 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 394.

363 NOVAIS, Jorge Reis. Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

364 “O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64).

365 Alexy critica a terminologia *princípio da proporcionalidade*, destacando que este instituto não é um princípio propriamente dito, mas uma máxima (ou regra). Ele critica arduamente essa tendência a chamar de princípios todas as regras que possuem um alto grau de generalidade.

366 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117.

367 Há doutrinadores que sustentam que a adequação e a necessidade são suficientes para assegurar a aplicação da proporcionalidade e que a terceira fase (onde se daria, de acordo com Alexy, a ponderação propriamente dita) é a razão dos excessos de subjetivismo causados por conta da proporcionalidade. Neste sentido, Bernhard Schlink, na Alemanha, e D. Dimoulis e L. Martins, entre nós. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 398-399 e nota de rodapé 573).

368 Paulo Bonavides conceitua tal princípio como a condição de a medida adotada não sobrepujar os limites necessários à conservação do fim legítimo que se busca, cumprindo-se eleger, dentre as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, aquela menos nociva aos interesses do cidadão, pelo que também é conhecido como “princípio da escolha do meio mais suave”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros 2008, p. 397).

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Willis Santiago sustenta que “a exigibilidade costuma ser à busca do “meio mais suave” (milderes Mittel), dentre vários possíveis, para atingir o fim buscado”. (SANTIAGO, Willis. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 249/262).

369 Robert Alexy exemplifica: O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2 para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2- exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. [...] Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e

c) proporcionalidade em sentido estrito: ponderação propriamente dita<sup>370 371</sup>

Alexy, na defesa de sua teoria e acreditando ser ela externa, afirma que, na teoria externa, existe, inicialmente, o direito em si e, posteriormente, o direito restringido. Não existe uma relação necessária entre eles. A relação é criada quando é necessário conciliar os direitos dos indivíduos em conflitos, tendo como ponto de partida uma exigência externa ao direito em si. Já para a teoria interna, há apenas o direito com um conteúdo. Não há restrição e sim limites ou “limites imanentes”.<sup>372</sup>

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2009) sustenta que, na teoria interna, há apenas um objeto: o direito e seus limites imanentes. Na teoria externa, há dois: o direito em si e suas restrições. A partir daqui, chega-se à conclusão que os conflitos de direitos fundamentais são solucionados pela regra da ponderação, ressaltando que as restrições são feitas no caso concreto, não havendo qualquer influência no conteúdo do direito. Para ele, há restrição ao direito fundamental quando uma ação protegida *prima facie* sofre uma intervenção fundamentada (intervenção constitucional). Quando a intervenção não é fundamentada, há violação a direito fundamental (intervenção inconstitucional).<sup>373</sup>

Passa-se, neste momento, a analisar como se daria o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, de algumas leis e decisões judiciais trabalhistas, adotando essa teoria como fundamento da sua decisão.

---

sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119).

370 Para o professor Jorge Reis Novais, a ponderação de interesses não está contida no princípio da proporcionalidade, haja vista que quando o juiz do Tribunal Constitucional analisa a constitucionalidade da restrição da medida, verificará se a medida é apta, adequada, necessária, se o sacrifício é desproporcional ao custo, mas não fará qualquer juízo de ponderação, pois essa já foi feita pelo legislador. (Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014).

371 Juan Carlos Gavara de Cara explica: “*El principio de proporcionalidade em sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable em sus relaciones recíprocas*”. (CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de bonn*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994, p. 308).

Tradução: “O princípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que a aplicação de um determinado instrumento ou meio para atingir determinado objeto ou propósito não deve ser desarrazoável em suas relações recíprocas” (tradução nossa)

372 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-278.

373 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

O artigo 7, I, da Constituição Federal prevê o principal direito fundamental nas relações de trabalho, ou seja, o direito contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

O artigo, 7, I, da Constituição Federal dispõe que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;  
(...) <sup>374</sup>. (BRASIL, 1988).

Nesse caso, tem-se uma restrição expressamente autorizada pelo legislador constituinte originário (“nos termos de lei complementar”).

Ocorre que o próprio legislador constituinte, enquanto essa lei complementar não for promulgada, estabeleceu no artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma limitação provisória do direito fundamental contra despedida arbitrária e sem justa causa. O referido artigo determina que:

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 n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966; (...) <sup>375</sup> (BRASIL, 1966).

Para a teoria dos princípios, analisando-se o inciso I do art. 7º da Constituição Federal brasileira, é de se concluir, de antemão, que o caput do art. 7º assegura a todos os trabalhadores subordinados o direito fundamental contra despedida arbitrária e sem justa causa (para essa teoria, toda conduta, comportamento ou situação estão contidos no âmbito de proteção). Logo, o inciso I do art. 10 do ADCT, que limita a proteção prevista no inciso I, do art. 7º da Constituição Federal para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, trata-se de uma restrição diretamente constitucional, onde o próprio legislador constituinte estabelece a restrição definitiva e, ao mesmo tempo, é uma cláusula que

---

374 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 8. set. 2016.

375 BRASIL. ADCT de 1988. Câmara dos Deputados, Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 08 set. 2016.

faz parte do enunciado que garante os direitos fundamentais de todos os trabalhadores subordinados.

Analisando-se o parágrafo único do art. 26 da Lei Complementar 150, de 01 de junho de 2015, que assegura às domésticas o direito à estabilidade provisória no emprego por ocasião da gravidez, com fulcro na teoria dos princípios, saliente-se, inicialmente, que se trata de uma colisão aparente entre um princípio e uma regra, pois, na verdade, cuida-se de um resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra. A lei já é o resultado de um sopesamento entre os valores em jogo nessa situação (de um lado, o valor fundamental do trabalhador e da dignidade da pessoa humana; do outro, a intimidade e privacidade do empregador e o resguardo da casa como asilo inviolável) e não um conflito entre intimidade do empregador e o artigo que determina a reintegração da gestante.

Conforme Virgílio Afonso da Silva (2009), “a regra impõe uma restrição à liberdade, não colide com ela”; a colisão ocorreu entre os dois princípios cuja solução se expressa na regra.<sup>376 377</sup>

Logo, sem dúvida, trata-se de uma restrição a direito fundamental do empregador doméstico. O legislador infraconstitucional ponderou e restringiu a intimidade e privacidade do empregador e o resguardo da casa como asilo inviolável.

Por outro lado, pode ocorrer que, em dadas situações de colisão, não haja regra (objeto de ponderação por parte do legislador). Aqui, cabe ao juiz decidir qual dos princípios deverá prevalecer para aquele caso concreto. O juiz decide qual princípio cede em favor do outro considerado mais importante.<sup>378</sup>

Essa teoria, necessariamente, pressupõe a adoção da teoria do suporte fático amplo. Não há como o exegeta ser adepto da teoria do suporte fático restrito e da teoria dos direitos fundamentais como princípios.

Por isso, Alexy (2008), adepto da teoria dos direitos fundamentais como princípios, exige, para definição de suporte fático, a intervenção estatal, porque, a

---

376 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138 e 141-142.

377 Restrições materialmente falando ocorrem sempre quando dois princípios se chocam, no entanto, formalmente, poderá ser por formas diversas, como por exemplo, por meio da lei (o legislador pondera) ou por meio de juiz no caso concreto quando não há lei. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142).

378 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143.

*priori*, tudo está contido e depois, após a intervenção, o âmbito da norma será definido definitivamente.

Aqui, fundado na teoria dos princípios, o único modo da Corte Constitucional concluir pela inconstitucionalidade da lei seria alicerçado no princípio da proporcionalidade, demonstrando que a operação de ponderação de bens feita pelo legislador, realizada entre o direito que é objeto das restrições e os direitos tutelados que porventura as poderiam justificar, não foi corretamente efetuada, não foi realizada de forma adequada. Ainda que se chegasse à conclusão exagerada de que a restrição do direito à intimidade e privacidade do empregador constituísse forma adequada e necessária para salvaguardar o direito ao trabalho da empregada doméstica, nem por isso esse diploma legal deixaria de ser irrazoável e violador do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesando novamente os valores dos bens em confronto).

Volte-se ao exemplo da não-contratação da candidata a empregada doméstica por ser adepta de determinada religião que ajuíza uma ação postulando indenização por danos morais: para essa teoria, o juiz está diante de uma colisão de normas de direitos fundamentais com caráter de princípios, que deve ser solucionada pela metodologia da ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, a não-contratação da candidata ao emprego envolve a restrição do direito ao trabalho e à não discriminação.

Imagina-se que o juiz profira uma sentença mantendo lícita a não-contratação e, por consequência, indefira o pedido de indenização por danos morais por entender que, nesse caso concreto, o direito à reserva da intimidade e da vida privada familiar e o direito dos pais à educação dos filhos da maneira que melhor lhes aprouver, deve prevalecer sobre o direito ao trabalho e à não discriminação.

Assim, de antemão, para essa teoria, toda conduta, comportamento ou situação estão contidos no âmbito de proteção. Disso resulta que está contida, no âmbito de proteção dos direitos da reserva da intimidade e da vida privada familiar e o direito dos pais à educação dos filhos da maneira que melhor lhes aprouver, a liberdade de não contratar a candidata a empregada doméstica por ela ser adepta de determinada religião.

Logo, a sentença do juiz é o resultado de um sopesamento entre os valores em jogo nessa situação (direito ao trabalho e à não discriminação *versus* direito à reserva da intimidade e vida privada familiar e o direito dos pais à educação dos filhos

da maneira que melhor lhes aprouver) e retrata, sem sombra de dúvida, uma restrição a direito fundamental. O juiz, diante do caso concreto, ponderou e restringiu o direito ao trabalho e à não discriminação da empregada doméstica.

Aqui, com fulcro na teoria dos princípios, o único modo do Supremo Tribunal brasileiro concluir pela constitucionalidade/inconstitucionalidade da medida seria alicerçado no princípio da proporcionalidade, demonstrando que a operação de ponderação de bens feita pelo magistrado trabalhista, realizada entre o direito que é objeto das restrições e os direitos tutelados que porventura as poderiam justificar, não foi corretamente efetuada, não foi realizada de forma adequada. Ainda que se chegasse à conclusão de que a restrição do direito à intimidade e privacidade do empregador constituísse forma adequada e necessária para salvaguardar o direito à não discriminação ao trabalho da empregada doméstica, a decisão judicial não deixaria de ser desarrazoada e violadora do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesando novamente os valores dos bens em confronto).

#### 6.1.2.1 Principais críticas à teoria dos direitos fundamentais como princípios

As críticas a essa teoria são inúmeras, dentre elas, pode-se destacar:

- a) âmbito de proteção ampliativo do direito fundamental – pressupõe necessariamente a adoção da teoria do suporte fático amplo. Logo, práticas imorais e ilícitas são consideradas *prima facie* inclusas no âmbito de proteção da norma;
- b) garante o direito na inteireza e, ao mesmo tempo, restringe o exercício;<sup>379</sup>
- c) desonestidade, criando um sentimento de desilusão, pois elimina, por meio das restrições, o que havia protegido anteriormente;<sup>380 381 382</sup>

---

379 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.144-145.

380 Ibidem, p. 145-146.

381 Essa questão é respondida por Alexy, quando em seu livro “Teoria dos direitos fundamentais”, afirma que um cidadão, que preza pela fundamentação e não apenas pelo resultado, considerará mais razoável quando uma não-garantia do direito fundamental for fundamentada na existência dos direitos fundamentais de outros indivíduos do que a fundamentação de que sua conduta é excluída de antemão do direito fundamental por não estar incluída no seu âmbito de proteção. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 324-326).

382 Virgílio Afonso da Silva citando Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, p. 197, noticia que: “ (...) um direito *prima facie* não fundamenta uma pretensão a determinado direito definitivo, mas apenas uma pretensão a um *sopesamento entre princípios*”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 146).

- d) faltam critérios racionais de decidibilidade na técnica da ponderação;<sup>383</sup>
- e) as pretensões tendem a se multiplicar no Judiciário;<sup>384</sup>
- f) não há a fase da interpretação das normas, pois tudo se resolve pela ponderação de interesses;<sup>385</sup>
- g) o juiz, quando da ponderação, exerce a mesma função do legislador, o que fere o princípio da Separação dos Poderes<sup>386</sup>;
- h) o juiz, como resolve a maioria dos casos por meio da técnica da ponderação, é tendente a atribuir pesos aos princípios e acaba por transformar a ponderação em uma fórmula matemática, em uma metodologia científica e o ato de ponderar não é um ato mecânico<sup>387</sup>; e
- i) através de uma construção dogmática implausível, acaba por destruir toda a lógica do Estado de Direito democrático que é a proteção dos direitos fundamentais.<sup>388</sup>

### 6.1.3 Teoria externa e teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação

A premissa da teoria externa é a do “princípio da repartição”, onde a liberdade individual é reconhecida como um dado anterior ao Estado e, como tal, é, em princípio, ilimitada, enquanto a faculdade de o Estado a invadir é, em princípio, limitada.<sup>389</sup>

No âmbito da teoria externa, as restrições dos direitos fundamentais somente podem ser consideradas legítimas se tiverem uma justificação constitucional, isso é, quando estiverem tuteladas por um limite do direito fundamental e preencherem os pressupostos constitucionais exigidos para sua verificação.<sup>390</sup>

---

383 Segundo Virgílio Afonso da Silva, agora citando Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 348, é que a tarefa de interpretar não é um ato cognitivo e sim de vontade, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais etc. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147-148).

384 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151-153.

385 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

386 *Idem*.

387 *Idem*.

388 *Idem*.

389 SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: ALIANZA, 1982, p. 138 ss.

390 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 298-299.

Chama-se “teoria externa dos limites”, pois “parte de um dualismo conceptual” fundado na diferenciação entre direito fundamental e limites do direito fundamental, ou seja, em um primeiro momento, define-se o âmbito de proteção do direito fundamental (o conteúdo do direito fundamental determinado através do apuramento dos seus contornos jurídicos) e, posteriormente, a possibilidade de se colocar ou não os limites “(e daí os direitos fundamentais com ou sem reservas) justificadores de posteriores intervenções estatais no bem jusfundamentalmente protegido construtivamente colocados de fora, são externos ao conteúdo do direito fundamental em si...”<sup>391</sup>

Desse modo, a restrição é legítima ou ilegítima, consoante está ou não constitucionalmente justificada pelos limites dos direitos fundamentais.<sup>392</sup>

Já a metodologia da teoria de Alexy (2008) (teoria dos direitos fundamentais como princípios) é a ponderação de interesses. À partida, o direito fundamental consagrado como princípio (mandamento de otimização) é expansivo o quanto possível, e, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas, acaba por se chocar com interesses contrários, o que será solucionado pela ponderação de bens.

A tônica da teoria externa e da teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação (que toma como ponto de partida a teoria externa) é diferente.<sup>393</sup> Nessas teorias, parte-se da interpretação jurídica para determinar certo âmbito de proteção da norma jusfundamental (verificar o conteúdo protegido, o bem protegido). E, aqui, se destaca uma diferença sensível para a teoria dos princípios, ou seja, a fase da interpretação jurídica (onde o intérprete verificará se a conduta está ou não contida no âmbito de proteção da norma de direito fundamental por meio da adoção de qualquer das teorias da previsão normativa, seja a ampla, restrita ou ampla mitigada). Essa fase é dispensada na teoria dos direitos fundamentais como princípios, pois pressupõe necessariamente a adoção da teoria do suporte fático amplo, ou seja, *a priori*, por definição, tudo está protegido. Logo,

---

391 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 301.

392 Ibidem, p. 305.

393 Essa teoria foi idealizada pelo professor português Jorge Reis Novais, em seu livro “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”. Para ele, a principal preocupação sobre o tema, é a problemática do controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais.

desde que o titular do direito possa alegar que seu comportamento tem relação com determinado direito, à partida, está protegido pela norma de direito fundamental.<sup>394</sup>

Assim, para as teorias externa e dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, parte-se da interpretação jurídica para determinar certo âmbito de proteção da norma jusfundamental, mas isso não significa que seja a título definitivo, pois podem haver limites “de fora” que incidam sobre o conteúdo protegido. Nessa senda, define-se, *a priori*, um âmbito de proteção e, posteriormente, o âmbito definitivamente protegido após a incidência dos limites. Esses limites podem ser constitucionais ou inconstitucionais.

Para a teoria externa, uma restrição consiste numa ação estatal que age de fora, relativamente ao direito (atingindo o bem ou interesse protegido), não havendo similitude entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva do direito, isso é, separa claramente o direito fundamental de um lado e as restrições que lhe são colocadas externamente do outro. Ademais, para que uma restrição intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessita-se de uma fase prévia, onde se procede a delimitação do âmbito de proteção do direito.<sup>395</sup>

Só se deve falar de restrição depois de se conhecer o âmbito de proteção da norma. A primeira tarefa metódica consiste na verificação da estrutura da norma constitucional concretamente garantidora de direitos e, somente depois, cabe analisar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito fundamental sofrem qualquer restrição e de que tipo, natureza e finalidade da medida legal restritiva (2ª instância da tarefa metódica).<sup>396</sup>

Haverá restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito, baseado numa norma constitucional, é direto ou indiretamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direito “diminuem” ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.<sup>397</sup>

---

394 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

395 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 119.

396 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1275-1276.

397 *Ibidem*, p. 1276.

O entendimento da problemática das restrições exige a verificação dos tipos de restrições eventualmente existentes. Aqui, pressupõe-se a seguinte tipologia: a) restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva); e c) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, ou seja, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de colisão de direitos fundamentais.<sup>398</sup>

A distinção entre âmbito de proteção e limites traz consideráveis vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à exigência de transparência metodológica, principalmente por não mesclar interesses divergentes, além de exigir que o ônus da justificação de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca, o que somente corrobora a teste de que os fins não podem jamais justificar os meios, uma vez que não apenas o resultado, mas, principalmente, o itinerário trilhado da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo (a) mostra-se decisivo e proporciona um controle de todo o processo.<sup>399</sup>

O cerne da restringibilidade dos direitos fundamentais para essas teorias concentra-se na questão do controle, tanto que impõe ao exegeta percorrer um caminho para a análise da restrição do direito fundamental.

Os desfechos dessas teorias asseguram um mais fácil e efetivo controle de constitucionalidade, uma vez que o juiz do controle terá um catálogo de típicos limites aos direitos constitucionais, os quais trazem consigo justificações também típicas para as respectivas restrições. Como afirma Jorge Reis Novais:

No centro de toda a construção enquanto modelo orientado para o controle das restrições está a relevância que a dogmática de limites da teoria externa atribui ao sistema constitucional diferenciado de reservas dos direitos fundamentais, ou seja, às distintas autorizações de intervenção no âmbito de protecção dos direitos fundamentais apostas às respectivas normas constitucionais de garantia”.<sup>400</sup> Isto é, o reconhecimento da “força normativa da Constituição e das distinções nela expressas” autoriza ao juiz do controle abraçar “uma metódica de controle das intervenções compatível com a subsunção e o método jurídico tradicional.”<sup>401</sup> (NOVAIS, 2003, p. 306).

---

398 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1276.

399 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 390.

400 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 306.

401 Idem.

Nessa senda, tendo em vista que a preocupação do professor Jorge Reis Novais (2003), idealizador da teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, é a questão do controle de constitucionalidade das restrições, o autor toma como ponto de partida, na defesa da sua tese, a teoria externa, pois é a única teoria, até então desenvolvida, que apresenta os instrumentos para tal finalidade.<sup>402</sup> A premência de um controle eficiente das atuações restritivas da liberdade desenvolvidas pelos Poderes Públicos justifica, em que pese a inatacabilidade lógica da teoria interna e da doutrina da imanência a ela associada, a utilização das técnicas de verificação levadas a cabo pela teoria externa.<sup>403</sup>

Com efeito, a teoria externa e a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação consideram os limites como algo “de fora” do direito (exterior ao direito) e “de baixo” (legislador infraconstitucional), ou seja, os limites são impostos pelo legislador e não são imanentes ao direito. O direito fundamental é consagrado com determinado conteúdo e o legislador ordinário (algo de “fora do direito”) afeta esse conteúdo. O cerne da restringibilidade dos direitos fundamentais para essas teorias concentra-se na questão do controle, tanto que determina ao exegeta percorrer um caminho para a análise da restrição do direito fundamental.<sup>404</sup>

Nesse diapasão, nessas teorias, o intérprete deve percorrer o seguinte caminho:<sup>405</sup>

1º) Em primeiro lugar, uma instância delimitativa do âmbito normativo a restringir – fase da interpretação das normas: verificar o conteúdo do âmbito de proteção da norma de direito fundamental (fase da interpretação – através da adoção de uma das teorias da previsão normativa);

2º) Em segundo lugar, determina-se a habilitação para a restrição e a aferição das observâncias dos requisitos restritivos – fase da análise dos limites: analisar os limites que incidem sobre o conteúdo – o que pode justificar ou não a agressão ao

---

402 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

403 NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 572.

404 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

405 Idem.

direito –, deliberando definitivamente acerca do conteúdo do direito fundamental; verificar se há autorização ou não da Constituição para os poderes constituídos restringirem o direito fundamental (se existem as chamadas cláusulas de reserva – por exemplo: “nos termos da lei”); se o limite estava implicitamente autorizado (choque entre direitos fundamentais protegidos) etc; e

3º) Em terceiro e último lugar, tem-se uma fase dedicada à determinação dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais – fase ou instância do controle de constitucionalidade dos limites, onde o intérprete irá analisar a legitimidade da medida, isso é, a verificação de constitucionalidade da medida restritiva que foi concretamente adotada (observância do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana<sup>406 407</sup>, da igualdade<sup>408</sup>

---

406 Afinal, conforme conclui Otero, “uma Constituição só é constitucional se estiver ao serviço da pessoa humana como fim em si mesmo, da sua dignidade e dos inerentes direitos fundamentais” (OTERO, Paulo *et al.* *Pessoa Humana e Constituição: Contributo para uma Concepção Personalista do Direito Constitucional*. In: *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 367).

407 É o princípio da dignidade da pessoa humana, na realidade, que inspira os procedimentos de controle, pois é a partir do seu reconhecimento enquanto princípio jurídico-constitucional que é possível um conjunto de princípios estruturantes que irão informar o conteúdo e sentido dos diferentes testes a que o poder judicial socorre para controlar a constitucionalidade da concreta medida restritiva adotada pelos poderes públicos. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 123).

408 A formulação geral do princípio da igualdade está no caput do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988:

“Todos são iguais perante a lei,(...)” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

<sup>409</sup> <sup>410</sup>, da segurança jurídica<sup>411</sup>, da proteção da confiança<sup>412</sup>; e do princípio da proporcionalidade<sup>413</sup>. São os chamados “limites aos limites” dos direitos

---

409 O princípio funciona aqui como limite da concreta medida restritiva que o Estado adotou para intervir restritivamente num direito fundamental. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124).

410 Canotilho relata que saber se há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade não é tarefa fácil e sugere o seguinte esquema como apoio metódico: a) quais as situações de fato que são objeto de comparação, pois, se o princípio da igualdade é um princípio relacional, e a norma jurídica sempre possui um âmbito fático, então importa sempre determinar quais os candidatos (objetos, pessoas, situações) que se consideram iguais ou desiguais; b) quais os critérios ou medidas materiais com fulcro nos quais verificamos se certos pressupostos fáticos devem ser tratados de forma essencialmente iguais ou essencialmente desigual. Assim, as medidas jurídico-materiais de verificação da igualdade ou desigualdade devem encontrar-se, em primeiro lugar, nas normas e princípios da constituição, exigindo-se aos grupos em comparação relevância jurídico-constitucional. Aqui, ressalta-se, também, a chamada “justiça do sistema” (*Systemgerechtigkeit*), pois, se certa regulação está em contradição intrínseca com a concepção global do sistema jurídico, pode-se concluir um forte indício da violação do princípio da igualdade. Os critérios devem ser objetivos e compatíveis com as próprias normas e princípios da constituição. Por fim, o doutrinador noticia que o modelo argumentativo para se controlar a constitucionalidade de qualquer medida pública a partir do princípio da igualdade reconduz a dois casos:

“CASO I - Desigualdade de tratamento

(1) existe uma igualdade de situações de facto jurídico-constitucionalmente pertinente?

No caso afirmativo segue-se:

(2) estas situações de facto iguais foram tratadas de forma desigual em termos que se considerem jurídico-constitucionalmente pertinente?

No caso afirmativo segue-se:

(3) existe para a desigualdade de tratamento de situações de facto iguais uma razão material suficiente?

No caso negativo, segue-se:

(4) existe uma regulação arbitrária, violadora do art. 13.º/1 (injustificadamente discriminatória)

CASO II – Igualdade de tratamento

(1) existe uma desigualdade de situações de facto relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional?

No caso de resposta negativa:

(2) foram estes pressupostos desiguais tratados jurídico-constitucionalmente de forma igual pelas autoridades públicas?

Se sim:

(3) existe um fundamento material – razão objectiva – para esta igualdade de tratamento de situações desiguais?

Se não:

(4) verifica-se uma violação do princípio da igualdade (injustificadamente igualitária)”.  
(CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra:

Almedina, 2003, p. 1296-1297).

411 O princípio da confiança jurídica, intimamente conectado ao princípio de Estado de Direito, mostra-se com papel fundamental no plano da necessidade de conformar as relações entre Estado e indivíduo como relações fundadas na boa-fé, na transparência de processos, na previsibilidade de atuação estatal e no respeito dos planos de vida legitimamente definidos pelos particulares, em segurança e autonomia. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124).

412 O princípio da proteção da confiança legítima, intimamente conectado ao princípio de Estado de Direito, mostra-se com papel fundamental no plano da necessidade de conformar as relações entre Estado e indivíduo como relações fundadas na boa-fé, na transparência de processos, na previsibilidade de atuação estatal e no respeito dos planos de vida legitimamente definidos pelos particulares, em segurança e autonomia. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124).

413 O princípio da proporcionalidade ocupa atualmente, em praticamente todas as ordens jurídicas de Estado de Direito, o eixo primordial enquanto instrumento de controle judicial das restrições a direitos

fundamentais). A restrição será inconstitucional se violar os “limites aos limites”, ou seja, se infringir as exigências de Estado de Direito que se impõem a todas as medidas restritivas da liberdade<sup>414</sup>.

Essa metodologia, defendida por Canotilho (1997)<sup>415</sup>, é denominada metódica das três instâncias<sup>416</sup>.

No plano formal, o controle de constitucionalidade dos limites aos direitos fundamentais denota a investigação da competência, do procedimento e da forma adotada pela autoridade estatal. Já o controle material implica na observância do núcleo (ou conteúdo) essencial desses direitos, no atendimento dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do retrocesso<sup>417</sup> – “limites aos limites” dos direitos fundamentais. Esses “limites aos limites” funcionam como escudo à restringibilidade dos direitos fundamentais, sendo, nessa perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.<sup>418</sup>

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como restrição das restrições é intimamente conectada com a teoria externa e teoria dos direitos

---

fundamentais nas outras dimensões ou teste de controle em que se decompõe (aptidão, indispensabilidade, proporcionalidade, razoabilidade e determinabilidade). (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124).

414 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito* Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 123.

415 O professor Canotilho também defende a chamada *metódica de procedimento jurídico-constitucional de restrições de direitos fundamentais* que contempla três fases. A primeira fase consiste na definição do âmbito de proteção do direito fundamental. A segunda fase consiste na análise dos limites impostos por norma infraconstitucional, com o objetivo de se garantirem outros bens constitucionalmente protegidos. E, por último, cabe a verificação dos pressupostos consagrados pela Constituição como condição de validade da norma infraconstitucional limitadora ou restritiva. E, neste contexto, define os chamados limites imanentes como “o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais condicente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito perspectivo de um direito, liberdade e garantia”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1148-1149). Logo, nota-se que Canotilho utiliza fundamentos da teoria interna, pois menciona limites imanentes, quanto à metódica defendida por Alexy, bem como trabalha com a teoria externa quando afirma que a redução do conteúdo do direito fundamental se opera por força de algo que lhe é exterior (FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 140).

416 NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 316, nota de rodapé n. 545.

417 Há quem sustenta que a proibição do retrocesso sequer existe como categoria jurídica constitucional, visto que se trata apenas de um modo de suprimir os direitos sociais do regime geral que preside os limites e restrição e todos os direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 385).

418 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 395.

fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, que defendem a possibilidade de restrições, mas um núcleo intocável.<sup>419</sup>

O professor Jorge Miranda (2012), adepto da teoria externa, informa que as restrições são exteriores ao direito e reduz o seu conteúdo.<sup>420</sup> De acordo com a teoria externa, cada direito, liberdade e garantia existem em si e a restrição vem lhes subtrair uma parcela, não se mostrando adequada ao princípio da liberdade a visão sustentada pela teoria interna, segundo a qual o direito só existe com o conteúdo traçado a partir da própria restrição. Ademais, a teoria externa coaduna-se muito mais com o funcionamento dos instrumentos de controle das intervenções abusivas do legislador, consubstanciados nos princípios constitucionais (expresso na Constituição Portuguesa n.ºs. 2 e 3 do art. 18) ao contrário do que sucede com a teoria interna, que pode negar o alcance desses princípios, dissolver os direitos fundamentais e recolocá-los nas mãos do legislador.<sup>421</sup>

As restrições, para não serem consideradas violações a direitos fundamentais, devem passar pelo crivo da proporcionalidade<sup>422</sup>, ou seja, verificar se o legislador observou os limites materiais da não contrariedade, da adequação de

---

419 No que tange à determinação do que seja o conteúdo essencial de um direito constitucional, há duas teorias de grande destaque na doutrina: as teorias absoluta e relativa. Para a teoria absoluta do conteúdo essencial, o núcleo do direito é fixo (princípio da dignidade da pessoa humana), estático e defini um limite absoluto. Logo, se a restrição toca o núcleo viola a garantia do núcleo essencial, atenta necessariamente contra a dignidade da pessoa humana, conduz a subversão do sentido da norma constitucional, esvazia o valor social ou o teor jurídico útil do direito ou os elementos que tipicamente o caracterizam. Para a teoria relativa, não há um núcleo fixo. Elas diluem o limite da intangibilidade do conteúdo essencial no princípio da proporcionalidade, reconduzindo a busca desse conteúdo à técnica do sopesamento de bens constitucionais. Assim, se essa operação for corretamente efetuada, o conteúdo essencial do direito estará a salvo e caso a ponderação não for realizada de forma adequada, o direito for comprimido para além do necessário, então o conteúdo será afetado. Entre essas teorias – ou com elas entrelaçadas – também surgem com muita frequência na doutrina as teorias subjetiva e objetiva. Para a primeira, a proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são posições individuais. Garante-se aos titulares o respeito pelos seus bens pessoais, a possibilidade de adotar certos comportamentos ou a satisfação de certas pretensões face ao Estado. Já para a segunda, os direitos fundamentais protegidos no seu núcleo essencial, referem-se ao direito abstrato. Aqui, a Constituição não pretende acautelar os direitos subjetivos dos indivíduos, mas sim os direitos fundamentais enquanto normas jurídicas. A proibição de afetação do conteúdo essencial funciona como uma garantia de todos e de cada um dos direitos constitucionais, a fim de que o legislador não subverta o sentido das normas que o consagram. A sua meta é impedir que os direitos fundamentais, por meio das restrições, sejam aniquilados pelo legislador ordinário. (MIRANDA, Jorge *et al.* *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 394-396). Nesse sentido, vide também ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 295-298.

420 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 416-417.

421 MIRANDA, Jorge *et al.* *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 363.

422 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181.

meios a fins, da justa medida na imposição de cargas coativas e da intervenção mínima<sup>423</sup>.

A análise da proporcionalidade de uma restrição deve partir do pressuposto de que a medida restritiva encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante, isso é, a restrição deve ter um objetivo constitucionalmente legítimo (justificação constitucional).<sup>424</sup>

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de Direito brasileiro<sup>425</sup>, é a referência fundamental do controle da atuação dos Poderes Públicos, atuando como o principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual<sup>426</sup>. É especialmente útil para constatar uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas e não pode ser manejado em sentido contrário, ou seja, para justificar iniquidades<sup>427</sup>.

O princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, é fundamental no controle das afetações constitucionais, pois determina que o Estado tem que se comportar de forma não excessiva (adequada, necessária) quando afeta os direitos dos cidadãos.

A ideia-chave é a de que, num Estado fundado na dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia dos particulares são a regra e a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção, condicionada ao preenchimento de determinados requisitos. Assim, a pessoa humana será inconstitucionalmente coisificada quando o Estado a afete de maneira desproporcional, desnecessária. Nesses termos, em Estado de Direito, é constitucionalmente ilegítima qualquer ingerência estatal na esfera de autonomia dos particulares ou qualquer restrição da sua liberdade que se mostre exacerbada, isso é, que vá para além do estritamente necessário ou adequado.<sup>428</sup>

Nessa senda, a exigência da aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das restrições à liberdade e autonomia individual

---

423 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 180-181.

424 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 398.

425 *Ibidem*, p. 396.

426 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 161.

427 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 3. ed., 2003, p. 211-212.

428 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 163-164.

decorre da peculiar configuração que os direitos fundamentais e as relações entre Estado e indivíduos cobram em Estado de Direito.<sup>429</sup>

O princípio da proibição do excesso aparece como o mais potente instrumento jurídico de racionalização e objetivação das ponderações realizadas nesta seara.<sup>430</sup>

431

O Supremo Tribunal Federal reconhece a aplicação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do julgado abaixo:

(...) o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem 'não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos [...] e a necessidade de sua utilização [...]', de tal modo que 'Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador [...]'<sup>432</sup>. (MENDES, 1994 p. 475).

A deficiência de previsibilidade creditada à utilização do princípio da proporcionalidade é, indiscutivelmente, contrabalançado pela possibilidade de se dar uma solução justa ao caso concreto. Além disso, não seria complicado implantar um sistema de vinculação a precedentes judiciais (*stare decisis*) de modo a garantir um determinado controle sobre as declarações incidentais de inconstitucionalidade.<sup>433</sup>

---

429 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.164.

430 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito* Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124.

431 Neste contexto, assume relevância a distinção entre dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais com ênfase para atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, acarretando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive nos casos de agressões oriundas de particulares. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 396-397). Vide item 1.2 do Capítulo 1 deste trabalho.

432 MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, dez. 1994, p. 475

433 CAPPELLETTI. *Juizes Legisladores?* Traduzido por Aroldo Plínio Conçalves. Revisado por José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p- 84-85 *apud* BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 3. ed. 2003, p. 211-212.

Para a maioria dos doutrinadores, conforme mencionado acima, o princípio da proporcionalidade se subdivide em:<sup>434 435</sup>

a) princípio da adequação, idoneidade<sup>436</sup> ou aptidão (a afetação do Estado deve ser apta, adequada para atingir o fim)<sup>437</sup>;

b) princípio da necessidade ou indispensabilidade<sup>438</sup> ou meio menos restritivo (se o Estado dispõe de dois meios igualmente aptos, deve recorrer ao meio menos restritivo)<sup>439</sup>; e

c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (o juiz invalida quando é manifestamente desproporcional; quando o Estado foi além do necessário). Diz

434 Sobre o tema, discorre Adriana Calvo que: “O princípio da proporcionalidade (lato sensu) divide-se em três princípios: princípio da adequação; princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade (sentido estrito). Quanto ao princípio da adequação, pode-se afirmar que um meio – limitação de um direito fundamental – mostrar-se-á adequado na medida em que a sua utilização contribua para o alcance da finalidade proposta. O princípio da adequação significa que se deve indicar se determinada medida constitui o meio certo (adequado) para se chegar em um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Em relação ao princípio da necessidade, não se deve esquecer que, ao tomar a decisão de limitar o direito, há de se escolher a alternativa menos gravosa, sempre que seja igual, em eficácia, que o resto das medidas apropriadas. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e menos oneroso ao cidadão. Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma-se que, para que seja possível uma intervenção legítima no âmbito dos direitos fundamentais, o grau de realização do objetivo da ingerência deve ser pelo menos equivalente ao grau de afetação do direito fundamental. É o subprincípio, no dizer de Canotilho, da “justa medida”. (CALVO, Adriana. *O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho. Revista de Direito do Trabalho*, Brasília: Editora Consulex, ano 16, n. 8, ago. 2010, p.12).

435 Jorge Miranda sustenta que o princípio da proporcionalidade na sua vertente mais comum de proibição de excesso é analisado em três subprincípios autônomos: adequação (onde se analisa se a providência legislativa adotada se mostra apta a alcançar o objetivo); necessidade (verifica-se se existe outro meio que, podendo produzir o mesmo resultado, seja menos gravoso ou agressivo do ponto de vista dos direitos fundamentais) e proporcionalidade em sentido estrito (verificação da existência de racionalidade e de justa medida; correta avaliação da providência adotada em termos qualitativos e quantitativos. Implica o recurso a uma metodologia de ponderação de bens). Em qualquer dos casos, o que está em causa é a relação que se estabelece entre os meios usados pelo legislador e os fins que ele mesmo se propõe a alcançar. (MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 373 e 376.

436 Termo utilizado por NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 162.

437 Analisa-se a adequabilidade da medida restritiva na relação meio-fim. O juiz deve observar o momento em que o legislador tomou a sua decisão e o requisito mostrar-se-á atendido se se puder concluir que o meio escolhido contribui para o resultado pretendido. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 183).

438 Termo utilizado por NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 163.

439 O exame da necessidade é um teste comparativo, pois considera medidas alternativas para se chegar ao mesmo fim. Para Virgílio Afonso da Silva, “é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Há medidas tão eficientes quanto à adotada, mas que restrinjam menos o direito afetado? Na dúvida entre mais eficiente e menos gravosa, devemos escolher a mais eficiente, pois a adoção da medida menos gravosa poderá levar a uma omissão estatal (é ineficiente e menos gravosa). (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171).

respeito à justa medida ou relação de adequação entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido.<sup>440</sup>

Essa decomposição do princípio da proporcionalidade permite um escalonamento dos controles num processo de filtragem consecutiva que vai exterminando, nas suas primeiras fases, os candidatos “aos quais o apuramento de eventual excesso ou desproporcionalidade é mais imediata e objectivamente determinável, seleccionando para a última fase só os candidatos que já passaram nos testes da idoneidade e indispensabilidade”<sup>441</sup>.

Entretanto, se o juiz seguir a ordem adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, dificilmente terá sucesso na aplicação do princípio da proibição do excesso quando do controle de constitucionalidade. É raro o juiz invalidar um ato normativo ou judiciário apenas com base nos princípios da necessidade e adequação, pois é improvável o meio em nada contribuir para atingir o fim e raramente as duas medidas são igualmente eficazes. Daí, necessita-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que é analisado quando o meio é manifestamente desproporcional, o que também se mostra difícil na prática. Desse modo, praticamente todas as medidas passariam no controle da proibição do excesso, razão pela qual, para o professor Jorge Reis Novais (2008), a melhor forma de aplicação desse princípio é a “global”, isso é, comparando leis no conjunto de fatores – considerando eficácia e sacrifício –.<sup>442</sup> Para ele, os resultados do controle da observância do princípio da proporcionalidade são potencialmente diferentes quando deixa-se de lado um tipo de controle “teste a seguir a teste”, segundo uma lógica de análise sucessiva de aptidão, necessidade e proporcionalidade, e direciona-se alternativamente para uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que considerem, de forma global, as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos.<sup>443</sup>

Ademais, destaca o renomado jurista que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é confundido por muitos doutrinadores com ponderação de interesses,

---

440 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 163.

441 *Ibidem*, p. 166.

442 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

443 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 130.

mas, na realidade, não se trata da mesma situação, pois a ponderação, quando da análise da constitucionalidade da medida restritiva, já foi feita pelo legislador.<sup>444</sup>

Para Novais, existe uma clara diferença entre a metodologia da ponderação a que se socorre quando se apura a justificação de uma restrição da liberdade (onde determina-se, mediante juízos de valoração, qual dos bens apresenta maior peso e qual deve ceder) e os juízos valorativos a que se recorre quando se analisa a proporcionalidade da medida restritiva (onde se verifica a validade constitucional da medida restritiva consequentemente emitida e fazer este controle em função, entre outros requisitos, da proporcionalidade, isso é, observa-se em que medida a restrição fundamentada no resultado de uma ponderação de bens não é excessiva, analisar se a relação entre o prejuízo da liberdade e o fim almejado com a restrição é adequada ou, pelo menos, não inadequada).<sup>445</sup>

Por exemplo, transcreve-se abaixo um conflito real entre o direito à intimidade do empregado e o direito à propriedade do empregador que dá origem a uma decisão restritiva do Tribunal Superior do Trabalho de um dos direitos fundamentais em colisão:

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<sup>446</sup>. (BRASIL, 2009).

Nessa perspectiva, o que será objeto do controle de constitucionalidade não é a relação entre os dois bens em questão – direito à intimidade do empregado e o

---

444 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

445 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 179.

446 CARNEIRO, Amanda Siqueira. *Revista íntima e Violação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.34088>> Acesso em: 20 dez. 2016.

direito à propriedade do empregador – mas, antes, a medida restritiva que o Tribunal escolheu para concretizar a relação de preferência previamente estabelecida, isso é, o Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) irá analisar se o prejuízo imposto ao direito de propriedade do empregador não é desproporcional em relação ao benefício que se espera obter. O Tribunal Superior do Trabalho ponderou, pesou, avaliou a relevância e peso relativo de bens em colisão e decidiu (decisão judicial). O Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro), quando da análise da legitimidade da restrição, se concentrará na relação de meio-fim em que o objeto de análise é a medida restritiva estatal que foi adotada em função daquela primeira ponderação (decisão judicial).<sup>447</sup> Ora, é essa medida restritiva que se submete ao controle de proporcionalidade; será feita uma análise de custos e benefícios para analisar se a medida adotada é ou não desproporcional.<sup>448</sup>

Aqui já não é a ponderação entre bens que está sob análise, mas, sim, a medida restritiva que foi adotada quando daquela ponderação, isso é, o controle da proporcionalidade dessa restrição. Logo, serão analisados os sacrifícios (custos) impostos ao direito fundamental contrapostos aos benefícios (vantagens) gerados na obtenção do fim almejado com a restrição.<sup>449</sup>

Quando o poder público responsável pela restrição do direito fundamental em questão realizou a ponderação de bens e deu prevalência ao direito à intimidade do empregado, optou, necessariamente, em consequência, pela restrição do direito à propriedade do empregador. Assim, do ponto de vista do controle de judicial, é principalmente a averiguação da constitucionalidade dessa concreta medida restritiva que está em causa e constitui o eixo gravitacional de escrutínio e não uma qualquer ponderação entre bens que se encontravam em situação de colisão.<sup>450</sup>

De acordo com o professor português Luís Pereira Coutinho (2009), qualquer meio restritivo só é legítimo quando necessário e equilibrado. A proporcionalidade em sentido estrito não constituirá um termo autônomo de controle do meio restritivo, uma vez que o juízo a incidir sobre o meio restritivo já não será um juízo de equilíbrio, mas de necessidade e adequação. Não se trata de analisar se um dos bens em conflito

---

447 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 180-181, com modificações adaptadas para o presente trabalho.

448 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito* Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 128.

449 *Ibidem*, p. 129.

450 *Ibidem*, p. 124.

prevalece sobre o outro, mas de verificar se o concreto meio em causa importa ou não sacrifícios exacerbados em relação aos benefícios atingidos. Por vezes, questões situadas em sede de controle específico do equilíbrio não são efetivamente questões de equilíbrio do meio restritivo, mas correspondem às questões “mal resolvidas” em sede de necessidade, adequação ou apuramento da prevalência condicionada de um bem sobre o outro. Assim, na proporcionalidade do meio restritivo como meio de apreciação da legitimidade de um meio restritivo não se está em causa uma optimização ou maximização dos bens em jogo, mas uma menor minimização possível dos mesmos.<sup>451</sup>

#### 6.1.3.1. Diferenças entre a teoria externa e a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação

A teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação toma como ponto de partida a teoria externa.

Para o professor Jorge Reis Novais (2003), a teoria externa peca no plano da fundamentação no que tange à justificação do legislador infraconstitucional para agredir um direito fundamental constitucional.<sup>452</sup>

A grande desvantagem da teoria externa é, nas palavras de Novais:

O conflito ou colisão de valores ou interesses materiais tal como surge decisivamente marcado pelas circunstâncias do caso concreto acaba por ser primariamente resolvido, de forma mecânica, com o recurso à prognose geral e abstracta operado pelo legislador constitucional no momento da aprovação da Constituição, traduzida na aposição de reservas diferenciadas nas normas de direitos fundamentais.<sup>453</sup> (NOVAIS, 2003, p. 207).

A diferença entre as teorias externa e direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação revela-se na segunda fase, ou seja, na fase em que se analisa a habilitação para a restrição e a aferição das observâncias dos requisitos restritivos da análise dos limites.

---

451 COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Centro dos Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, n. 12, p. 7-26, 2009.

452 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

453 NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 307.

A teoria externa é muito dependente do denominado sistema diferenciado de reservas, ou seja, os defensores dessa teoria, nessa fase, muito se preocupam em saber se o direito fundamental possui autorização ou não da Constituição para sofrer restrição, se o direito constitucional foi consagrado ou não com reservas (simples, qualificadas ou sem reservas). A teoria externa responde à questão da agressão dos direitos fundamentais quando não autorizados pela Constituição através da lógica de que, quando há choque entre princípios constitucionais, pode haver restrição implicitamente autorizada.<sup>454</sup>

A teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação entende que isso não responde à questão do problema, pois há situações em que valores não constitucionais justificam a agressão de um direito que está consagrado na Constituição, dependendo do peso dos direitos. Para o defensor dessa teoria, a teoria externa deixa sem solução constitucional problemas de colisão de bens jurídico-constitucionalmente acolhidos. Às vezes, o fato de um direito constitucional ter sido garantido ou não com reservas trata-se de um acaso quando da elaboração da Constituição, uma vez que o legislador constituinte não pensou nas consequências daí advindas naquele momento. Logo, quando o legislador constituinte originário de qualquer Estado de Direito se defronta com esta questão de definir quais os direitos fundamentais que estarão na Constituição, parte da ideia de que o direito fundamental já tem, por sua própria natureza, um valor constitucional, mas que pode ser limitado em função de outros valores, interesses e direitos – o direito possui, pela própria natureza, uma reserva imanente de ponderação com outros bens – , o direito irá prevalecer se for mais forte, senão, cederá. Assim, qualquer direito é consagrado, à partida, com essa reserva geral imanente de ponderação com outros valores. No conflito entre direitos, isso é o que justifica um outro direito prevalecer. Então, os direitos fundamentais, a não ser quando já consagrados na Constituição de um Estado de Direito com natureza de regra absoluta (por exemplo, pena de morte), cedem perante outros valores de maior peso - isso é assim pela própria natureza, ou seja, os

---

454 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

direitos fundamentais já vêm consagrados na Constituição com uma reserva imanente de ponderação, que lhes é inerente.<sup>455 456 457</sup>

Ante o exposto, Jorge Reis Novais concebe:

As garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais (...) como garantias immanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado”. O autor define a reserva de qualificação como “reserva geral imanente de ponderação.”<sup>458</sup> (NOVAIS, 2003, p. 570).

Se um direito fundamental constitucional já vem consagrado com reservas, já vem com uma afirmação expressa da possibilidade de cedência do direito em causa face de outros bens. Por outro lado, nos casos dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados sem reserva, ao contrário da disposição anterior, a Constituição não fez qualquer valoração quanto à eventual cedência do respectivo direito fundamental quando em confronto com outros bens e, em razão da inevitabilidade de eventuais colisões, surge a possibilidade de ponderação qualificada por um especial dever de fundamentação.<sup>459</sup>

Assim, para o autor:

Quando os poderes constituídos, fundamentados nessa reserva, procedem à harmonização ou compatibilização de bens, no sentido da solução das colisões entre os interesses de liberdade e os interesses que se lhes opõem ou podem vir a opor nos casos concretos, não procedem à mera declaração

---

455 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

456 Gomes Canotilho e Vital Moreira exigem que uma restrição se justifique sempre numa “reserva constitucional de bem”. Afirmam os mesmos autores que “o alargamento das restrições a quaisquer bens daria guarida a uma concepção relativista de bem potencialmente dissolvente da força normativa da Constituição”. (CANOTILHO, JJ. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. I, 4. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 393).

457 Luís Pereira Coutinho sustenta que admitindo-se que bens não articulados, se prevalentes, sejam susceptíveis de justificar restrições, cumprirá ainda determinar se a respectiva determinação é livre ou se há parâmetros que a enquadram, condicionando-a. Para ele, somente num quadro de respeito ao que dispõe o art. 29, n. 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), ou seja, das “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” - “limites aos limites”-, é que poderão ser identificados bens não articulados susceptíveis de justificar restrições, garantindo, desse modo, a ausência de arbítrio na determinação desses bens. Quanto à exigência da “moral” aduz que o que está em causa é “o parametrizador vínculo fundamental que prende cada um ao outro na sua imprescritível dignidade e que, conseqüentemente, compele ao respeito por bens que o sejam num quadro de respeito por esse outro” (COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Centro dos Estudos Judiciários*, n. 12, p. 7-26, 2009).

458 NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 570

459 Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014.

de limites já existentes, mas determinam, de uma maneira geral constitutivamente, de entre várias hipóteses de solução ao seu dispor, o se, o como e o quanto da eventual cedência (restrição) dos direitos fundamentais”. “Com efeito, (...) a medida em que cada um dos bens e, colisão pode ou deve ceder é determinada mediante uma avaliação, valoração e ponderação do peso relativo que, do ponto de vista da Constituição, eles apresentam no caso concreto” sendo que “umas vezes o próprio legislador constitucional, prevendo ou verificando a existência de relações de tensão ou conflito entre bens, regulou de alguma forma os termos da respectiva superação ou remeteu-a expressamente para os poderes constituídos, enquanto que noutras, intencionalmente ou não, de forma deliberada ou por simples razão de imprevisibilidade, essa remissão é meramente implícita<sup>460</sup>. (NOVAIS, 2003, p. 570-571).

Portanto, as restrições implícitas decorrem da própria natureza complexa dos direitos fundamentais (são trunfos contra a maioria que garante uma proteção qualificada e os direitos fundamentais são condicionados a uma reserva geral de ponderação com outros bens que também merecem proteção jurídica). Um direito fundamental consagrado sem reserva pode ser restringido por força na necessidade de prossecução de outros bens igualmente protegidos. A estrutura aberta dos direitos fundamentais, a sua natureza de princípios e a sua dimensão objetiva impõem a ponderação de interesses. A diferença peculiar nesse tipo de restrição é que não há qualquer indicação auxiliar relevante para a aplicação dos “limites aos limites, razão pela qual o ônus da argumentação é agravado, tanto do autor da restrição, quanto do órgão jurisdicional que realizará o controle da restrição.<sup>461</sup> Logo, tudo se resume em:

Verificar o que é que, no decurso das diferentes fases do controle da constitucionalidade das restrições não expressamente autorizadas, cabe à ponderação de bens e o que é próprio de aplicação subsuntiva; o que é remetido para os juízos de valoração dos poderes constituídos e o que deve resultar estrita e definitivamente das operações de interpretação jurídica das normas constitucionais; o que a Constituição remete implicitamente para uma margem de livre decisão dos poderes constituídos e que aquilo que ela própria já decide vinculativamente<sup>462</sup>. (NOVAIS, 2003, p. 575-576).

Mas, para o desenvolvimento deste trabalho, o importante é que tanto a teoria externa como a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação separam claramente as fases de interpretação e da restrição

---

460 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 570-571.

461 Conteúdo retirado da aula ministrada pelo professor Jorge Reis Novais, anos 2013/2014, no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa.

462 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 575-576.

e permitem a adoção pelo exegeta, quando da fase da interpretação, de qualquer das teorias da previsão normativa.

Essas teorias são mais tendentes a proporcionar a reconstrução argumentativa dos conflitos de direitos fundamentais, em razão da necessidade de imposição de limites a tais direitos, com o objetivo de garantir a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social.<sup>463</sup>

Passa-se, agora, a analisar como se daria o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, de algumas leis e decisões judiciais trabalhistas, adotando essa teoria como fundamento da sua decisão.

Para essas teorias, analisando-se o antigo parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal brasileira, a começar pela interpretação jurídica para verificar o âmbito de proteção da norma (primeira fase), é de se concluir, com fulcro na concepção ampliativa mitigada da previsão normativa<sup>464</sup>, que o caput do art. 7º assegurava a todos os trabalhadores subordinados, inclusive aos empregados domésticos, os direitos nele elencados. Logo, o antigo parágrafo único do art. 7º, que excluía determinados direitos dos empregados domésticos, tratava-se de uma restrição diretamente constitucional, onde o próprio legislador constituinte estabelecia a restrição definitiva (segunda fase) e, ao mesmo tempo, era uma cláusula que fazia parte do enunciado que garantia os direitos fundamentais dos trabalhadores domésticos. Nessa restrição, não adentraria-se na questão do controle para verificar a legitimidade da restrição (terceira fase), haja vista tratar-se de restrição feita pelo próprio texto constitucional.<sup>465 466</sup>

---

463 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 389.

464 Entendemos ser a teoria mais adequada para a delimitação do âmbito normativo do direito fundamental, pois apresenta uma construção jurídica dogmaticamente plausível. Nos chamados casos fáceis, dispensa a mobilização dos requisitos procedimentais e institucionais impostos em Estado de Direito para restrição de direitos fundamentais, de uma grande importância jurídica prática, principalmente nos países que reconhecem o acesso direto dos cidadãos às Cortes Constitucionais para tutela das violações ou ameaças aos seus direitos fundamentais. Nesse sentido, vide NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 396-437.

465 Só para uma concepção— que não corroboramos— que admita a existência de normas constitucionais inconstitucionais para quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte— contradição transcendentais —ou para quem considera a hierarquia entre as normas constitucionais, caberia a análise da legitimidade da restrição. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 1232-1233).

466 Para a maior parte da doutrina os direitos sociais não são restringíveis. Para eles, esses direitos são normas de eficácia limitada, dependente da atuação do legislador, que cria condições para que eles produzam alguns efeitos. Logo, não faz sentido restringir sua eficácia, pois não há o que ser restringido. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246). Todavia, entende-se que todos os direitos são restringíveis, até

Os artigos 3º e 4º, da Lei nº 7.998/1990, estabelecem os requisitos para a percepção do benefício previdenciário seguro-desemprego, elevado à categoria de direito fundamental com a Constituição Federal de 1988.<sup>467</sup> Essa lei restringe o direito fundamental ao seguro-desemprego? Caso positivo, é uma restrição legítima ou ilegítima?

Para a teoria da previsão normativa ampla mitigada (teoria que se adota no âmbito deste trabalho; que exclui do âmbito de proteção aquilo que claramente não pode ser considerado pela consciência jurídica própria de um Estado de Direito como exercício jusfundamentalmente protegido), *a priori*, está contido no âmbito de proteção do direito fundamental ao seguro-desemprego o direito de todos os trabalhadores subordinados, em caso de desemprego involuntário, perceberem o benefício até a aquisição de um novo emprego.

Logo, a mencionada lei atuou como limites (“de fora”) que incidiram sobre o conteúdo protegido e decidiram definitivamente que só terão direito ao benefício previdenciário os empregados dispensados sem justa causa e que preencherem os requisitos dos arts. 3º e 4º, da Lei nº 7.998/1990.

Assim, cuida-se de uma restrição a direito fundamental (segunda fase). O legislador infraconstitucional ponderou os direitos em colisão (direito ao seguro-

---

mesmo os direitos sociais, pois aqui, a não realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos e esta somente é possível desde que haja uma fundamentação jurídico-constitucional, eis que restrição não fundamentada configura-se em violação a direito fundamental. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250-251).

O controle de constitucionalidade da restrição seria o instrumento dogmático que, no caso da dimensão negativa dos direitos sociais, permitiria chegar a uma delimitação definitiva (...). Assim, sempre que o âmbito de proteção do direito social, quando da conformação do legislador ordinário, resulta afetado por uma ação dos poderes públicos não existe qualquer obstáculo dogmático em identificar uma tal afetação como restrição a direito fundamental. Só não seria desse modo para a corrente que recusa a natureza de direitos fundamentais aos direitos que classifica de direitos derivados a prestações. Logo, quer se trate de direito de liberdade que se trate de direito social, podemos identificar a existência de uma restrição independentemente de a realização do respectivo direito estar ou não sujeita a uma reserva do financeiramente possível. A diferença é que se a dimensão de realização constitucionalmente devida depender das disponibilidades financeiras do Estado, então essa pode constituir uma causa de justificação suplementar da necessidade constitucional da restrição ao direito. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 315-316).

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

(...)

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

(...)” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília:

Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

desemprego *versus* direito à propriedade do empregador) e restringiu o direito ao seguro-desemprego. Do confronto entre os dispositivos da Lei nº 7.998/90 e o direito fundamental ao seguro-desemprego, exsurge, sem dúvida, uma delimitação do âmbito de proteção desse direito.

Neste ponto da análise, pergunta-se: há autorização para restringir? A restrição ao seguro-desemprego prevista na Lei nº 7998/90 é legítima?

Não há autorização expressa no inciso III do art. 7º da Constituição Federal brasileira para restringir. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento exposto.

Com efeito, como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito ao seguro-desemprego *versus* direito à propriedade do empregador), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.<sup>468</sup> A coexistência espaço-temporal desses direitos só pode ser validamente prevenida desde que a ponderação de bens respeite os “limites aos limites”.<sup>469</sup>

Nessa senda, passa-se à fase de observância do respeito dos “limites aos limites” dos direitos constitucionais (terceira fase: observância dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, proporcionalidade, etc). Cuida-se de uma restrição legítima por observância do respeito dos “limites aos limites”, pois exigir que o ex-empregado tenha trabalhado um determinado período antes da dispensa e estabelecer um limite de parcelas a receber, dependendo do número de solicitações já feitas, mostra-se uma medida apta (atingiu o fim), necessária (sob pena de não haver um fundo financeiro que sustente as futuras aposentadorias e outros benefícios vinculados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)) e proporcional (o Estado regulou o estritamente necessário).

Analisando-se, neste momento, o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>470</sup>, que exclui o direito ao adicional noturno, à duração do trabalho normal

---

468 Para Jorge Reis Novais, esses direitos fundamentais já têm, por natureza, um valor constitucional que pode ser limitado em função de outros valores, interesses e direitos, ou seja, é um direito que tem uma reserva imanente de ponderação com outros bens – o direito irá prevalecer se for mais pesado, senão cederá. (Conteúdo retirado da aula ministrada no curso de Mestrado, na Universidade de Lisboa, anos 2013/2014).

469 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 177.

470 Art. 62 da CLT: “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

não superior a oito horas diárias e 44 semanais e o consequente pagamento das horas extras dos empregados que exercem atividade externa e dos gerentes, com fulcro na teoria externa e na teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, surgem os seguintes questionamentos: trata-se de restrição? Caso positivo, é legítima ou ilegítima essa restrição?

Inicialmente, considerando a teoria do suporte fático amplo intermediário (teoria que se adota, pois não se incluem, de antemão, no âmbito protegido pelos direitos fundamentais todos os comportamentos ou ações que constituem ilícito penal em sentido jurídico-material ou mesmo que não seja objeto de sanção penal, sejam incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade e, por consequência, resultem em reprovação social e jurídica consensual), chega-se à conclusão que, *a priori*, todos os trabalhadores subordinados possuem o direito fundamental à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho e o direito fundamental à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50 por cento à do normal, ou seja, todos os trabalhadores subordinados estão contidos no âmbito de proteção dos direitos previstos nos incisos IX, XIII, e XVI do art. 7º da Constituição Federal/1988<sup>471</sup>.

---

de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

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. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)". (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994) (BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

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

(...)

IX- remuneração do trabalho noturno superior à do noturno;

(...)

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;

(...)." (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília:

Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

Todavia, posteriormente, a referida lei (o art. 62 da CLT possui atual redação dada pela Lei nº 8.966, de 27 de dezembro de 1994) atuou como limites (“de fora”) que incidiram sobre o conteúdo protegido e decidiram definitivamente que os empregados que exercem atividade externa e os gerentes não estão contidos no âmbito de proteção desses direitos fundamentais.

Assim, cuida-se de restrição a direitos fundamentais dos empregados que exercem atividade externa e dos gerentes (segunda fase). O legislador infraconstitucional ponderou (direitos fundamentais em colisão: direito à limitação da jornada de trabalho, direito ao adicional noturno e direito ao adicional de horas extras *versus* direito à propriedade e à livre iniciativa) e restringiu os direitos à limitação da jornada de trabalho, à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50 por cento à do normal, decidindo definitivamente o seu âmbito de proteção.

Mas há autorização para restringir? A lei que exclui os empregados que exercem atividade externa e os gerentes da limitação da jornada de trabalho é legítima?

Não há autorização expressa nos incisos IX, XIII e XVI do art. 7º da Constituição Federal brasileira<sup>472</sup> para restringir. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento exposto.

Nesse diapasão, como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito à limitação da jornada de trabalho, direito ao adicional noturno e direito ao adicional de horas extras *versus* direito à propriedade do empregador e direito à livre iniciativa), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.

---

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

(...)

IX- remuneração do trabalho noturno superior à do noturno;

(...)

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;

(...). (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

Concluído isso, passa-se à fase de observância do respeito dos “limites aos limites” dos direitos fundamentais (terceira fase: observância dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, proporcionalidade, etc). Entende-se que se trata de uma restrição ilegítima por inobservância do respeito dos “limites aos limites”, haja vista que excluir os empregados que exercem atividade externa e os gerentes do direito fundamental ao limite da jornada de trabalho, do direito fundamental ao adicional de horas extras e do direito fundamental ao adicional noturno fere o princípio da igualdade, pois:

(1) existe uma igualdade de situações de fato jurídico-constitucionalmente pertinente (a limitação do trabalho, o adicional de horas extras e o adicional noturno aplica-se para todos os trabalhadores empregados);

(2) essas situações de fato iguais foram tratadas de forma desigual em termos que se considerem jurídico-constitucionalmente pertinentes (um empregado foi agraciado com os direitos à limitação da jornada de trabalho, ao adicional de horas extras e ao adicional noturno e o outro não);<sup>473</sup>

(3) não existe, para a desigualdade de tratamento de situações de fato iguais, uma razão material suficiente (o fato de o empregado exercer atividade externa ou ocupar cargo de gerente não é uma razão material suficiente frente aos direitos sociais fundamentais aqui discutidos que se relacionam com a saúde do empregado – prevenção de acidentes e ocorrência de doenças decorrentes do trabalho – e viabilizam a existência de um tempo de vida para que o empregado possa efetuar uma interação com a família e os amigos, isso é, um tempo para a afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada<sup>474</sup>).

Logo:

(4) existe uma regulação arbitrária (injustificadamente discriminatória).

Portanto, os altos empregados e os obreiros que exercem atividade externa também devem dispor do direito fundamental à limitação da jornada, do direito

---

473 O professor Otavio Calvet sustenta que “ a todos os trabalhadores reconhece-se a necessidade de uma limitação da duração do trabalho e o direito ao gozo do lazer, o que implica uma alteração na interpretação de institutos previstos na ordem infraconstitucional e na conduta do tomador do serviço, reconhecendo-se a posição jurídica subjetiva ao trabalhador de obtenção de tutela judicial com eventual reparação por dano imaterial sempre que lesionado esse valor, tanto na relação de emprego quanto nas demais relações privadas de trabalho, estas na medida de hipossuficiência do trabalhador”. (CALVET, Otavio Amaral. *O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014).

474 CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006, p. 86.

fundamental ao adicional noturno e do direito fundamental ao adicional de horas extras, sendo uma restrição ilegítima a exclusão desses direitos para tais empregados.

Passe-se, agora, à análise do seguinte julgado do C. Tribunal Superior do Trabalho:

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000-013-10-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 10/06/2005

PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7

A C Ó R D Ã O

1ª Turma

JOD/rla/jc

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isso é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou

de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.<sup>475</sup> (BRASIL, 2005).

O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, assegura o sigilo das comunicações<sup>476</sup>, que busca garantir o direito à intimidade e à privacidade.

O empregador tem o dever de respeitar a intimidade do seu empregado, o que inclui a privacidade nos sistemas eletrônicos de comunicação.<sup>477</sup>

O correio eletrônico fornecido pela empresa constitui uma ferramenta de trabalho, de propriedade da empresa. Assim, em decorrência do poder empregatício, o empregador pode monitorar a utilização do correio eletrônico dos seus empregados.

Então, pergunta-se: essa interceptação<sup>478</sup> restringe o direito à privacidade do empregado? Essa decisão judicial é legítima?

Inicialmente, tomando como fundamento a concepção ampliada mitigada da previsão normativa, está contida no âmbito de proteção do direito à privacidade e à

475 Integra do Acórdão obtida diretamente do próprio *site* do TST. (BRASIL. PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7, de 10 de maio de 2005. Prova ilícita. "e-mail" corporativo. justa causa. divulgação de material pornográfico. Brasília: TST JUS, 2005. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 10 set 2016

476 Art. 5, XII, da CFB: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". (grifos nossos) (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set 2016).

A expressão "último caso" provocou debates doutrinários. A primeira corrente, baseada numa interpretação literal, defende a ideia de que a expressão "último caso" refere-se apenas às comunicações telefônicas. Já a segunda corrente preconiza que a expressão "último caso" diz respeito às comunicações de dados e telefônicas. (KEHDI, André Pires de Andrade; MACHADO, André Augusto Mendes. Sigilo das comunicações e de dados. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Cap. 9, p. 239-266. Perfilamos do entendimento da segunda corrente doutrinária.

Atualmente, as pessoas utilizam do *e-mail* para transferir seus dados. Segundo a Wikipédia (enciclopédia livre), *e-mail* é um método que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/E-mail> Acesso em: 20 dez. 2016

477 Vide capítulo 1, tópico 1.2.

478 A palavra interceptação será utilizada no sentido fornecido por Denílson Pacheco: "Interceptação é o recebimento ou a captação de mensagem ou informação por terceira pessoa (ou dispositivo) diversa do emissor ou do receptor (destinatário), ou seja, por alguém que não é um dos comunicadores. Interceptador é aquele ou aquilo que capta a mensagem ou informação que não lhe foi destinada" (PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 3. ed. 2005, Niterói: Impetur, p. 901).

intimidade do empregado a não interceptação dos seus *e-mails*, seja profissional, seja particular (primeira fase – interpretação).

O julgado atuou como limites (“de fora”) que incidiram sobre o conteúdo protegido e decidiram definitivamente que interceptação, pelo empregador, do *e-mail* corporativo, não está contida no direito à intimidade do empregado. Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade, estando inserido no âmbito de proteção do mencionado direito fundamental.

Claro, trata-se de uma restrição a direito fundamental do empregado (segunda fase). O Tribunal Superior do Trabalho ponderou e restringiu a intimidade do empregado (no que concerne à interceptação de *e-mail* corporativo).

Não há autorização expressa no inciso X do art. 5º da Constituição Federal brasileira<sup>479</sup> para restringir o direito à intimidade. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento exposto.

Com efeito, como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito à intimidade do empregado *versus* direito à propriedade do empregador sobre o computador e provedor), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.

Concluído isso, passa-se à fase de observância do respeito dos “limites aos limites” dos direitos constitucionais. Aqui, entende-se que se cuida de uma restrição legítima em razão da legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo Tribunal Superior do Trabalho como também houve adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos. O *e-mail* corporativo é passível de controle moderado, generalizado e impessoal pelo empregador, com a finalidade de evitar abusos por parte do empregado (observância dos “limites aos limites”).

Quanto à Lei Complementar 150, de 01 de junho de 2015, considerando a teoria da previsão normativa ampla mitigada, *a priori*, está contido no âmbito de proteção do direito de privacidade e intimidade do empregador doméstico admitir para trabalhar em sua residência quem lhe aprovar (primeira fase – interpretação).

---

479 Art. 5, X, da CFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

Entretanto, posteriormente, a referida lei atuou como limites (“de fora”) que incidiram sobre o conteúdo protegido e decidiram definitivamente que admitir para trabalhar em sua residência quem lhe aprouver não está contido no âmbito de proteção do direito de intimidade e privacidade do empregador doméstico.

Logo, sem dúvida, trata-se de uma restrição a direito fundamental do empregador doméstico (segunda fase). O legislador infraconstitucional ponderou e restringiu a intimidade e privacidade do empregador e o resguardo da casa como asilo inviolável, decidindo definitivamente o âmbito de proteção da intimidade e privacidade do empregador.

Não há autorização expressa no inciso X do art. 5º da Constituição Federal Brasileira<sup>480</sup> para restringir. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento exposto.

Nessa senda, como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito ao trabalho da empregada doméstica *versus* direito à intimidade e privacidade do empregador doméstico), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.

Concluído isso, passa-se à fase de observância do respeito dos “limites aos limites” dos direitos constitucionais (terceira fase: observância dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, proporcionalidade etc). Aqui, entende-se que se cuida de uma restrição ilegítima por inobservância do respeito dos “limites aos limites”.

Um exame de proporcionalidade levado a efeito sobre essa restrição tecnicamente considerada demonstra que o legislador utilizou de mecanismo manifestamente desproporcional (o Estado foi além do necessário), inapto (não foi apto para atingir o fim) e desnecessário (o Estado dispunha de outro meio). Enfim, a solução dada não se revelou hábil ao fim desejado.

Se o princípio da proporcionalidade tivesse sido considerado pelo legislador como conteúdo material do direito fundamental à intimidade e à privacidade do empregador quando da ponderação dos direitos aqui envolvidos, muito

---

480 Art. 5, X, da CFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

provavelmente teria adotado a reintegração apenas nos casos em que o empregador concordasse, no mais caberia apenas a indenização.

Nesse aspecto, entende-se que a legislação portuguesa mostra-se mais coerente nesse aspecto, pois a intimidade do empregador restou plenamente assegurada, tanto que não se impõe ao empregador doméstico a reintegração do trabalhador ilicitamente dispensado.

Retorne-se ao exemplo das câmeras de vigilância – empregador doméstico instala câmeras de vídeo na sua casa para monitorar o trabalho à distância da sua empregada doméstica e descobre, por meio das imagens de vídeo, que esta maltrata seus filhos, motivo pelo qual a dispensa por justa causa. A empregada sente sua intimidade e privacidade totalmente devastadas, razão pela qual ajuíza uma ação pleiteando indenização por danos morais: para a teoria externa, o juiz está diante de uma colisão de direitos fundamentais. O art. 20 do Código do Trabalho português<sup>481482</sup>, de aplicação no âmbito doméstico neste ordenamento, nos termos do art. 10º do mesmo estatuto legal<sup>483</sup>, veda o empregador utilizar meios de vigilância à

---

481 Artigo 20.º do Código do Trabalho português:

“1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade  
o  
justifiquem.

3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3.” (PORTUGAL. LEI n.º 7, de 12 fev. 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Diário da República, IS. n.º 30, Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaonacion02.html>> Acesso em: 21 abr. 2017).

482 O Tribunal Constitucional ainda não se pronunciou a respeito da constitucionalidade do art. 20 do Código do Trabalho Português. Todavia, já se manifestou no Ac. 255/02, de 08 de julho, quanto à norma do art. 12º/1 e 2 do DL nº 231/98, de 22 de julho (Lei de Segurança Privada), que permitia a utilização de equipamentos eletrônicos de vigilância e controle por parte das entidades que prestam serviços de segurança privada, considerando que essa permissão constitui uma limitação ou uma restrição do direito de reserva da intimidade da vida privada, vindo a concluir pela inconstitucionalidade orgânica dessa norma por violação de competência legislativa da Assembleia da República. (PORTUGAL. AC 255, de 08 de jul. de 2002. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, nº 1, alíneas a), b), c), d), e), f), g) e h), e 2, alíneas a) e b), e das normas dos nºs 1 e 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, que regula o exercício da actividade de segurança privada (processo nº 647/96 e processo nº 624/99, incorporado). Diário da República n.º 155/2002, Série I-A de 2002-07-08, Lisboa, 08 de julho de 2002. TC. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/153891/acordao-255-2002-de-8-de-julho>> Acesso em: 21. abr. 2017).

483 Art. 10 do Código do Trabalho português:

“As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por

distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador, mas permite a utilização desses meios de vigilância à distância sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens<sup>484</sup> ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem<sup>485</sup>, devendo o trabalhador ter conhecimento sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.

No Brasil, tendo em vista a falta de disposições legais sobre os meios de vigilância à distância, nada impede que esse artigo do diploma legal português seja aplicado pelo juiz do trabalho brasileiro, nos moldes do caput do art. 8º da CLT<sup>486</sup>, que permite expressamente a utilização do direito comparado na falta de disposição legal.

Assim, a instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve a restrição do direito de reserva da vida privada do empregado e mostra-se justificada quando for necessária a prossecução de interesses legítimos, com o objetivo de garantir a proteção de segurança das pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem, não podendo ser adotada para avaliar a capacidade profissional dos trabalhadores. Logo, quando da ponderação, deverá sempre verificar se os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados não deverão prevalecer sobre os interesses que justifiquem a utilização de câmeras de vídeo. E essa ponderação convoca a aplicação dos “limites aos limites”.<sup>487</sup>

---

uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da atividade”. (PORTUGAL. LEI n. 7, de 12 fev. 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Diário da República, IS. n 30, Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaonacion02.html>> Acesso em: 21 abr. 2017).

484 Por exemplo: câmeras de vigilância instaladas em repartição bancária.

485 Por exemplo: videovigilância em fábricas que lide materiais valiosos ou perigosos

486 “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (grifo nosso).

487 A Comissão Nacional de Proteção de Dados portuguesa, na sua deliberação n.º 61/2005, estabeleceu os critérios a adotar, na autorização de instalação de videovigilância, nos seguintes termos: “O tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser considerados os necessários, adequados e proporcionados com as finalidades estabelecidas: a protecção de pessoas e bens. Ou seja, para se poder verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade importa verificar se foram cumpridas três condições: se a medida adoptada é idónea para conseguir o objectivo proposto ( princípio da idoneidade ); se é necessária, no sentido de que não exista outra medida capaz de assegurar o objectivo com igual grau de eficácia (princípio da necessidade); se a medida adoptada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de, através dela, serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido restrito). Na linha do que referimos, será admissível aceitar que – quando haja razões justificativas da utilização destes meios – a gravação de imagens se apresente, em primeiro lugar, como medida preventiva ou dissuasora tendente à protecção de pessoas e bens e, ao mesmo tempo, como meio idóneo para

Retornando ao caso: imagine-se que o juiz profira uma sentença indeferindo o pedido de indenização por danos morais por entender que, nesse caso concreto, o direito de propriedade, o poder de vigiar e controlar a prestação de trabalho e o dever de proteção dos filhos devem prevalecer sobre o direito à reserva da intimidade e da vida privada da empregada doméstica.

Assim, entende-se que, adotando a teoria do suporte fático amplo intermediário, *a priori*, está contido no âmbito de proteção do direito de privacidade e intimidade da empregada doméstica não ser controlado por meios de vigilância à distância.

A sentença do juiz teria atuado como limites (“de fora”) que incidiram sobre o conteúdo protegido e decidiram definitivamente que o empregador pode utilizar a videovigilância como meio de prova em processo de despedimento, mesmo sem o consentimento do empregado, pois tinha como finalidade a proteção e segurança de pessoas<sup>488</sup>, pois essa situação em específico não está contida no âmbito de proteção do direito de intimidade e privacidade do trabalhador.

Logo, sem dúvida, trata-se de uma restrição a direito fundamental. O juiz, no caso concreto, ponderou os direitos em conflito e restringiu o direito fundamental à reserva da intimidade e da vida privada da empregada doméstica.

---

captar a prática de factos passíveis de serem considerados como ilícitos penais e, nos termos da lei processual penal, servir de meio de prova.

Estamos perante a aplicação do princípio da proporcionalidade que “implica, em cada caso concreto, a idoneidade do meio utilizado – a videovigilância – bem como, e também, o respeito pelo princípio da intervenção mínima”.

(...)

Por isso, em cada caso concreto e de acordo com os princípios acabados de enunciar, a CNPD deverá limitar ou condicionar a utilização de sistemas de videovigilância quando a utilização destes meios se apresentem como excessivos e desproporcionados aos fins pretendidos e tenham consequências gravosas para os cidadãos visados”. (COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – CNPD. Deliberação n. 61/2005. Lisboa, 2005. Disponível em: <www.cnpd.pt> Acesso em: 01 out. 2016).

488 Alguns podem dizer se tratar de um meio ilícito pelo fato de o controle, realizado à distância e sem autorização do trabalhador configurar uma violação do direito de personalidade do empregado doméstico, atentatório de sua dignidade. Ocorre que seria no mínimo estranho que as câmeras de vigilância instaladas para a proteção de bens e pessoas, não pudesse fundamentar uma atuação contra aqueles que, pelas funções que desempenham, mais poderão atentar contra as finalidades que a instalação visa defender. Assim, os meios de vigilância à distância visa proteger pessoas e bens contra atos ilícitos de terceiros, mas também contra atos de trabalhadores. Nessa senda, é evidente que a instalação de videovigilância numa residência visa proteger os bens e os filhos do empregador relativamente à atuação do empregado doméstico, e os registros em vídeo e furtos levados a cabo por estes últimos poderão servir de base a processo de despedimento por fato imputável ao trabalhador. Note-se que seria abusiva a invocação do direito a reserva da intimidade da vida privada para que este pudesse prevalecer de comportamentos ilícitos.(FESTAS, David Fernandes de Oliveira. *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*. Lisboa: Relatório de Direito do Trabalho apresentado na Universidade de Lisboa, 2003, p. 44-45 e nota de rodapé 122).

Quanto ao controle de constitucionalidade dos limites, saliente-se que não há autorização expressa no inciso X do art. 5º da Constituição Federal brasileira<sup>489</sup> para restringir<sup>490</sup>. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento exposto. Como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito de propriedade, o poder de vigiar e controlar a prestação de trabalho, o dever de proteção dos seus filhos *versus* direito à reserva da intimidade da sua vida privada), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.

Vale destacar que, mesmo existindo uma justificada finalidade de proteção e segurança de pessoas e bens, tal não determina que toda e qualquer utilização de meios de vigilância e segurança seja lícita, continuando ser necessário respeitar o conteúdo essencial do direito à reserva da intimidade e privacidade do trabalhador.<sup>491</sup> Pense-se, por exemplo, na instalação de câmeras de vigilância no banheiro da residência do empregador doméstico utilizado como vestiário pela empregada doméstica.<sup>492</sup> A ilicitude resulta aqui na desproporção e, por consequência, em violação ao conteúdo essencial do direito à reserva da intimidade e vida privada da empregada doméstica.

Assim, a imaginária sentença do juiz que permitiu a utilização da videovigilância como meio de prova em processo de despedimento, mesmo sem o consentimento do empregado e, por consequência, indeferiu o pedido de indenização

---

489 Art. 5, X, da CFB: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

490 Ressalte-se que também não há autorização para restringir no art. 26 da Constituição da República Portuguesa portuguesa:

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”. (PORTUGAL. LEI n. 7, de 12 fev. 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Diário da República, IS. n 30, Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaonacion02.html>> Acesso em: 21 abr. 2017).

491 FESTAS, David Fernandes de Oliveira. *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*. Lisboa: Relatório de Direito do Trabalho apresentado na Universidade de Lisboa, 2003, p. 13 e nota de rodapé 25.

492 E tão somente este, pois as demais casas de banho da residência de empregador podem ser utilizadas para dar banho nas crianças sob responsabilidade da doméstica.

por danos morais, retrataria uma restrição legítima por observância do conteúdo essencial, uma vez que a utilização da videovigilância constituiu uma medida necessária e adequada para os fins propostos, e estes demonstraram possuir tal relevância que justificou o sacrifício do direito à reserva da intimidade privada, que se encontra constitucionalmente garantido.

Analise-se agora o item I da Orientação Jurisprudencial nº 358 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho acerca do salário mínimo nacional, *in verbis*:

OJ-SDI1-358 SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.2.2016) – Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado<sup>493</sup>. (BRASIL, 2016).

A referida orientação jurisprudencial entendeu que, caso o trabalhador subordinado seja contratado para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou 44 semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

Ocorre que o inciso III do art. 7º da Constituição Federal brasileira assegura como direito fundamental do trabalhador o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado<sup>494</sup>.

Assim, essa decisão do Tribunal Superior do Trabalho restringe o direito fundamental ao salário mínimo? Caso positivo, é uma restrição legítima ou ilegítima?

---

493 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>.

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

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 set. 2016).

Inicialmente, para a concepção ampliativa mitigada da previsão normativa, a Constituição Federal, artigo 7º, inciso IV, garantiu ao trabalhador, como menor contraprestação, salário mínimo, pressupondo que seja o necessário para suprir as necessidades vitais básicas do obreiro, não podendo, assim, se falar na percepção de um salário inferior àquele constitucionalmente garantido, ainda que a jornada de labor seja reduzida, ou seja, ainda que pactuada jornada de trabalho em regime parcial.

Logo, a mencionada decisão atuou como limites (“de fora”) e estabeleceu que o direito ao salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado é garantido aos trabalhadores que laborem oito horas diárias ou 44 horas semanais, sendo lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

Assim, cuida-se de uma restrição a direito fundamental (segunda fase). O legislador infraconstitucional ponderou (direitos fundamentais em colisão: direito ao salário mínimo versus direito à propriedade e à livre iniciativa) e restringiu o direito fundamental ao salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, decidindo definitivamente o seu âmbito de proteção.

Há autorização na Constituição Federal para restringir? A decisão judicial é legítima?

Não há autorização expressa no inciso III da Constituição da Federal brasileira para restringir. Logo, não é uma restrição diretamente constitucional ou indiretamente constitucional com fundamento expresso. Como o limite não está expressamente autorizado e há choques entre direitos fundamentais (direito de propriedade *versus* direito ao salário mínimo), trata-se de uma restrição com fundamento implicitamente autorizado.

Entende-se que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 358 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais) trata-se de uma restrição legítima por observância do conteúdo essencial, uma vez que o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado é uma medida necessária (não verifica-se outra medida menos limitativa que poderia ser utilizada com resultados iguais ou mais eficazes à consecução do objetivo) e adequada para os fins propostos, e estes demonstraram possuir tal relevância que justificou o sacrifício do direito ao salário mínimo, que se encontra constitucionalmente garantido.

Dessa maneira, acredita-se que esse seria o caminho percorrido e as soluções encontradas pelo juiz constitucional, baseado na teoria externa ou na teoria dos direitos fundamentais afetados por uma reserva geral imanente de ponderação, quando da análise de leis e decisões judiciais que restrinjam os direitos fundamentais dos empregados, a fim de garantir a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa do trabalhador no contrato de trabalho.

## 7 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais asseguram uma proteção em âmbitos diferenciados da vida. Esse âmbito de proteção do direito fundamental se desenvolve na sua dimensão objetiva e subjetiva.

A dimensão subjetiva é pensada do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, ou seja, os direitos fundamentais asseguram ao indivíduo obter junto ao Estado a satisfação de seus interesses juridicamente protegidos. Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais devem ser vistos também como o conjunto de valores objetivos básicos que permeiam todo ordenamento jurídico, estabelecendo diretrizes para a atuação dos Poderes Públicos e para as relações entre particulares (eficácia irradiante dos direitos fundamentais).

A eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia externa é uma manifestação específica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Entendemos que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode ser suscitada em duas situações: a) quando a relação privada ocorre entre um indivíduo e os detentores de poder econômico ou social (eficácia vertical). Por exemplo, a relação jurídica entre empregado e empregador; ou b) na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade quando há relativa igualdade das partes da relação jurídica.

Duas são as consequências desse entendimento: a) o trabalhador se beneficia do regime especial de proteção de que os direitos catalogados na Constituição Federal (art. 5º e 7º ao 11) gozam enquanto direitos fundamentais; e b) cabe ao legislador, quando da elaboração de leis trabalhistas, não violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos empregados. Essas duas consequências determinam a necessidade de uma intervenção legislativa destinada a harmonizar os direitos fundamentais do trabalhador com os direitos fundamentais do empregador. Essa segunda consequência passa pela restrição dos direitos fundamentais em conflito.

No âmbito deste trabalho, corroboramos com o entendimento do professor Jorge Reis Novais no sentido de que quaisquer comportamentos estatais, independentemente de qual seja o ramo de poder de onde provenham, que, de

alguma forma, afetem desvantajosamente o direito fundamental protegido são considerados restrições.

Assim, tendo em vista a proteção desses valores indispensáveis à existência do Estado de Direito democrático, a presença de uma justiça constitucional mostra-se imprescindível. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal desempenha esse papel.

Os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, pois a especificidade da relação de emprego não permite separar a pessoa do trabalhador. Logo, aumenta-se a probabilidade de limitação dos seus direitos fundamentais, exigindo, desse modo, uma atenção especial da respectiva tutela.

A escolha por uma concepção ampla ou restritiva da previsão normativa tem consequências na atividade jurisdicional preocupada com a proteção dos direitos fundamentais e influencia na definição de como controlar as restrições e na eficácia das normas que garantem direitos fundamentais.

Um modelo de suporte restritivo tende a garantir menos eficácia aos direitos fundamentais, pois exclui, de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção e, por consequência, apenas ações específicas e típicas fazem parte do âmbito normativo de determinado direito fundamental.

A vantagem, quando se adota a teoria do suporte amplo, é que, à partida, não exclui direitos, obriga o juiz a fundamentar a decisão e considera os constantes conflitos entre os princípios constitucionais. Todavia, fere princípios morais, proporciona uma dilatação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma sobrecarga do Poder Judiciário.

Assim, a adoção pela teoria do suporte fático intermediário mostra-se mais coerente no âmbito deste trabalho, pois, além de criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito, exclui, *a priori*, apenas os comportamentos ilícitos (em sentido jurídico-material) ou incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade. Por consequência, minimiza as críticas impostas à teoria do suporte amplo.

Quanto às teorias da restringibilidade, constatou-se que a questão do controle de constitucionalidade dos atos judiciário e legislativo no domínio dos direitos fundamentais desempenha um papel de fundamental importância na efetividade dos direitos fundamentais dos empregados.

A teoria interna, além de não diferenciar direitos e restrições e não ter uma resposta para o problema das colisões de direitos fundamentais, pressupõe

necessariamente a adoção de uma teoria restritiva da previsão normativa e, ao excluir de antemão determinadas condutas do âmbito de proteção, conclui automaticamente pela constitucionalidade do ato sem necessidade da intervenção legislativa ser fundamentada, vedando o controle de constitucionalidade. Assim, impossibilita o controle efetivo da limitação, pois, para essa teoria, o legislador ordinário não exerce uma atividade verdadeiramente restritiva dos direitos fundamentais, isso é, não há necessidade de controle, pois o legislador apenas explicita o que está previsto na Constituição.

Na teoria dos princípios, o caminho do exegeta é bem simplificado, pois, do primeiro ao último momento, tudo se resume à técnica da ponderação de bens. Nessa teoria, as funções do legislador e do juiz são confundidas, pois, se o direito fundamental é um princípio que exige a máxima expansão possível, isso obriga que todos os Poderes Públicos façam a interpretação na máxima realização possível do direito, o que, inclusive, afeta o princípio da separação dos poderes. A teoria dos princípios é muito favorável ao ativismo do juiz, pois este pode achar que o legislador não ponderou adequadamente e optar em refazer a ponderação. Ademais, essa teoria pressupõe necessariamente a adoção de uma teoria ampliativa da previsão normativa.

Por outro lado, na teoria externa e na teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, o cerne da restringibilidade dos direitos fundamentais concentra-se na questão do controle, tanto que determina ao juiz constitucional percorrer um longo caminho quando da análise da medida restritiva: determinar o âmbito de proteção; verificar a existência de restrições; e o controle do alcance da restrição, possibilitando ao intérprete adotar qualquer das teorias da previsão normativa na fase da interpretação do conteúdo da norma de direito fundamental. E, na última fase, quando do controle de constitucionalidade dos atos judiciário e legislativo, a preocupação primordial dessas teorias é verificar a observância dos “limites aos limites” dos direitos jusfundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação busca aperfeiçoar a teoria externa, pois, além de se preocupar com a questão do controle, justifica a agressão de direitos fundamentais pelos Poderes Públicos, ao definir que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, já são consagrados na Constituição com uma reserva imanente de ponderação com outros bens.

Mas, para o desenvolvimento deste trabalho, o importante é que tanto a teoria externa como a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação separam claramente a fase da interpretação e a fase da análise da restrição, e permitem a adoção, pelo exegêta, quando da fase da interpretação, de qualquer das teorias da previsão normativa.

Nessa senda, tendo em vista que os direitos fundamentais dos empregados ficam mais sujeitos a ameaças, em razão da singularidade da relação de emprego, que não permite separar a pessoa do trabalhador, passou-se a analisar algumas leis e decisões judiciais sob o âmbito das teorias da previsão normativa e das teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais, a fim de encontrar as teorias que melhor garantam a salvaguarda dos direitos fundamentais inerentes à pessoa do trabalhador no contrato de trabalho.

Após a análise de algumas leis e decisões judiciais trabalhistas sob o enfoque das teorias da previsão normativa e das teorias da restringibilidade dos direitos fundamentais, observou-se que a teoria externa ou a teoria dos direitos fundamentais afetados por uma reserva geral imanente de ponderação (com a opção da teoria da previsão normativa intermediária quando da fase delimitativa do âmbito normativo a restringir) garantem maior efetividade aos direitos fundamentais dos empregados, pois são modelos que possuem, nos seus eixos gravitacionais, a sistemática de controle dos atos restritivos comprometida com os chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, enquanto instrumento decisivo de controle de constitucionalidade.

A análise das leis e decisões judiciais trabalhistas, alicerçada na teoria externa ou na teoria dos direitos fundamentais afetados por uma reserva geral imanente de ponderação, nos obriga a percorrer uma trajetória, denominada por Canotilho, “metódica das três instâncias do procedimento jurídico-constitucional de restrições de direitos fundamentais”<sup>495</sup>, assegurando um mais fácil e efetivo controle de constitucionalidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores

Logo, a adoção pela teoria externa ou pela teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação (e a adoção da teoria da previsão normativa intermediária quando da primeira fase do itinerário metodológico

---

<sup>495</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1148-1149.

jurídico-constitucional) implica uma maior proteção aos direitos fundamentais dos empregados, sendo essa a função primordial da atividade judicial.

No âmbito da teoria externa ou teoria dos direitos fundamentais afetados por uma cláusula geral imanente de ponderação, o Tribunal Constitucional (o Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro), assume relevante papel concretizador dos direitos fundamentais dos empregados, fazendo um efetivo controle das atividades restritivas a esses direitos, impedindo que os direitos constitucionais dessa categoria sejam aniquilados a partir de uma intervenção restritiva não autorizada pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *Contrat de Travail et droits fondamentaux: Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000.
- ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). Berlim, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2016.
- ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*. 2. ed. Cascais: Príncipeia, 2011.
- ALEXANDRINO, José Melo. *O discurso dos direitos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípio – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARRETO, Roberto Prado. Tratado de Direito do Trabalho. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. I, 2. ed, 1972.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr Editora, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora Unesp e Brasiliense, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOROWSKI, Martin, La restricción de los derechos fundamentales. *In: Revista*

*española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, p. 29-56, 2000.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 8 set. 2016.

BRASIL. Decreto n. 73626, de 12 de fevereiro de 1974. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. *Diário Oficial*, Brasília, 12 fev. 1974. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/114858/decreto-73626-74>> Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, 1 mai. 1943. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 8 set 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. *Diário Oficial*, Brasília, 03 de abril de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Lei complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 21 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm#art46)> Acesso em: 8 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 17 mar.2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm)> Acesso em: 08 set. 2016

BRASIL. Lei n. 7998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa Seguro-Dsemrego e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 11 jun. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998.htm)> Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 5889, de 8 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. *Diário Oficial*, Brasília, 8 jun. 1973. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5889.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm)> Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7, de 10 de maio de 2005. Prova ilícita. "e-mail" corporativo. justa causa. divulgação de material pornográfico. Brasília: TST JUS, 2005. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 10 set. 2016

CALVET, Otávio Amaral. *A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?* 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006.

CALVET, Otavio Amaral. *O Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>> Acesso em: 12 mar. 2014.

CALVO, Adriana. O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, Brasília: Editora Consulex, ano 16, n. 8, p. 9-13, ago. 2010.

CANOTILHO, J.J, Gomes; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994.

CARNEIRO, Amanda Siqueira. *Revista íntima e Violação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.34088.>> Acesso em 20 dez. 2016.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. Atualizado por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – CNPD. Deliberação n. 61/2005. Lisboa, 2005. Disponível em: <[www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt)> Acesso em: 01. 10. 2016

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo I. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTINHO, Luís Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. *Direito&Política*, Loures, n. 1, p. 75-81, out.-dez. 2012.

COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Centro dos Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, n. 12, p. 7-26, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1997.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981.

ESPANHA. Constituição (1978). *Constituição da República da Espanha*. Madrid, 1978. Disponível em: <[http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-espanhola-de-1978\\_24.html](http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-espanhola-de-1978_24.html)> Acesso em: 10 dez. 2016.

FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiros. *Direito do Trabalho*. 13. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

FESTAS, David Fernandes de Oliveira. *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*. Relatório de Direito do Trabalho apresentado na Universidade de Lisboa, 2003.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental em el Estado Constitucional*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

KEHDI, André Pires de Andrade; MACHADO, André Augusto Mendes. Sigilo das comunicações e de dados. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 239-266, 2008.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v. 2, 4. ed. São Paulo: LTr Editora, 1993.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Repertório IOB de Jurisprudência*, Brasília, n. 23, p. 475, dez. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Direito Constitucional II - Súmarios Desenvolvidos*, Lisboa, 2004, reimp. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, França, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 27 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San Jose, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 10 set. 2016.

OTERO, Paulo *et al.* Pessoa Humana e Constituição: Contributo para uma Concepção Personalista do Direito Constitucional. *In: Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, p. 349-379, 2009.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

PELICIONI, Angela Cristina. *A sentença normativa na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ltr, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *As relações entre o direito à informação e a reserva da vida privada nos meios de comunicação*. Audiovisual: conflito e critérios de solução. 1995. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1995.

PORTUGAL. AC 255, de 08 de jul. de 2002. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 7.º, nº 1, alíneas a), b), c), d), e), f), g) e h), e 2, alíneas a) e b), e das normas dos nºs 1 e 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 231/98, de 22 de Julho, que regula o exercício da actividade de segurança privada (processo nº 647/96 e processo nº 624/99, incorporado). Diário da República n.º 155/2002, Série I-A de 2002-07-08, Lisboa, 08 de julho de 2002. TC. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/153891/acordao-255-2002-de-8-de-julho>> Acesso em: 21. abr. 2017.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 dez. 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro de 1992. Estabelece O Regime Jurídico Das Relações De Trabalho Emergentes Do Contrato De Serviço Doméstico. Diário da República – I SÉRIE - A, Lisboa, 24 out. 1992, Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1992/10/246A00/49464951.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2017.

PORTUGAL. Lei n. 7, de 12 fev. 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. *Diário da República*, IS. n 30, Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaonacion02.html>> Acesso em: 21 abr. 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. *In: Estudos de Direito do Trabalho*. v. 1., Lisboa: Almedina, p. 393-409, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa. v. 1. 2. ed. *In: Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v. II, Coimbra: Almedina, 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 157-158, 1972.

RÚSSIA. Constituição (1993). *Constituição da Federação Russa*. Moscou, 1993. Disponível em: <[http://www.cer.unb.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63](http://www.cer.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63)> Acesso em: 10 dez. 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SANTIAGO, Willis. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. *In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, p. 249-262, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 186-198, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In: Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, p. 111-144, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, Filipe Fraústio da. Serviço doméstico, intimidade e despedimento. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Almedina, ano XLII, n. 3 e 4, p. 274-281, jul-dez. 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

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

SOUSA, Capeloi de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, p. 742-766, 1997.

