

O DEVER DE PROTEÇÃO E AS POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA ADI 5938

THE DUTY OF PROTECTION AND THE POSSIBILITIES FOR RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: ANALYSIS OF STATE ACTING IN THE CONTEXT OF ADI 5938

Tássia Aparecida Gervasoni¹

Rafaela Rovani Linhares²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo geral analisar se o artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), questionado na ADI 5938, representa uma proteção deficiente do Estado, com base no dever de proteção e nas teorias de restrições a direitos fundamentais, no intuito de responder ao seguinte problema de pesquisa: na perspectiva da teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais, como podem ser avaliadas as intervenções estatais por meio da atuação legislativa (quanto ao art. 394-A, da CLT) e jurisdicional (Supremo Tribunal Federal na apreciação da ADI 5938) em relação à proteção à maternidade e à infância? Como hipótese de pesquisa, entende-se que a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), ao condicionar o afastamento da empregada gestante e lactante do local insalubre à apresentação de atestado médico, acabou por violar o direito a proteção à maternidade e à infância previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, com base na teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais, a intervenção legislativa resultou uma proteção deficiente do Estado. Sendo assim, a atuação do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, ao declarar inconstitucional o referido dispositivo celetista, representou a atuação positiva do Estado, como protetor dos direitos fundamentais. Ao final, concluiu-se que a hipótese de pesquisa foi confirmada. A pesquisa desenvolve-se pelo método de abordagem dedutivo e pela técnica de pesquisa por documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: dever de proteção; direitos fundamentais; atuação estatal; ADI 5938.

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada. Email: tassiagervasoni@gmail.com

² Mestranda em Direito na Faculdade Meridional - IMED. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. E-mail: rafaelarovani@hotmail.com

ABSTRACT

The present study has its general objective to analyze if article 394-A of the CLT, questioned in ADI 5938, represents a deficient protection of the State, based on the duty of protection and the theories of restrictions on Fundamental Rights, in order to answer the following research problem: from the perspective of the theory of the duty of protection of fundamental rights, how can state interventions by Legislative Power (regarding article 394-A, CLT) and Judiciary (Supreme Court in ADI 5938) be assessed in reference to maternity and childhood protection? As a research hypothesis, it is understood that the Law n. 13.467/2017, by conditioning the removal of pregnant and lactating employee from unhealthy place to the presentation of medical certificate, ended up violating the right to protection of maternity provided in the Federal Constitution. In this sense, based on the duty of protection` theory of fundamental rights, the legislative intervention represents a insufficient state protection. Thus, the performance of the Federal Supreme Court, when the ADI 5938 was judged, by declaring the aforementioned article device unconstitutional, represented the positive performance of the State as a protector of fundamental rights. In the end, it was concluded that the research hypothesis was confirmed. The research was developed by the deductive approach method and by the indirect documentation research technique, through bibliographic research.

Keywords: duty of protection; fundamental rights; state acting; ADI 5938.

INTRODUÇÃO

As questões atinentes à concretização dos direitos fundamentais têm assumido papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. A relevância do tema consiste na observação de que as situações de crise no país impactam diretamente na eficácia desses direitos. Além disso, parte-se do pressuposto de que o Estado assume um dever de proteção dos direitos fundamentais, devendo agir de forma eficiente. Desse modo, a compatibilidade das restrições a direitos fundamentais com a Constituição é imprescindível, frente à necessidade de preservação do núcleo essencial desses direitos.

Por esse motivo, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar se o artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, representa uma proteção deficiente do Estado, com base no dever de proteção e nas teorias de restrições a direitos fundamentais, no intuito de responder ao seguinte problema de pesquisa: na perspectiva da teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais, como podem ser avaliadas as intervenções estatais por meio da atuação legislativa (quanto ao art. 394-A, da CLT) e jurisdicional (Supremo Tribunal Federal na apreciação da ADI 5938) em relação à proteção à maternidade e à infância?

Como hipótese de pesquisa, entende-se que a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), ao condicionar o afastamento da empregada gestante e lactante do local insalubre à apresentação de atestado médico, acabou por violar o direito a proteção à maternidade e à infância previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, com base na teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais, a intervenção legislativa resultou uma proteção deficiente do Estado. A atuação do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, ao declarar inconstitucional o referido dispositivo celetista, representou a atuação positiva do Estado, como protetor dos direitos fundamentais.

Como objetivos específicos, têm-se: (a) analisar o dever de proteção do Estado e a necessidade de garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais; (b) avaliar as hipóteses e teorias de restrições a direitos fundamentais; e (c) demonstrar se a decisão do Supremo Tribunal Federal na apreciação da ADI 5938 condiz com o dever de proteção do Estado e as teorias de restrições a direitos fundamentais.

O trabalho será desenvolvido por meio do método de abordagem dedutivo, partindo da análise de categorias gerais para, no decorrer da pesquisa e aprofundamento do estudo dessas categorias, especificá-las e inseri-las em uma perspectiva concreta. Como método de procedimento, adotar-se-á o método monográfico, tendo em vista um recorte de tema rigorosamente delimitado desde o início. Por fim, a técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

1 O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO E A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal brasileira de 1988 representou um dos marcos distintivos da ordem jurídica do país³, ao condicionar a legitimidade do Estado à concretização dos fins e objetivos de uma constituição dirigente, marcada pela extensa previsão de direitos fundamentais. Desse modo, a concretização dos direitos fundamentais passou a ser um dos grandes desafios do Estado, já que “[...] não adianta haver previsão constitucional de inúmeros direitos se eles não possuem eficácia”. (MORAIS, 2018, p. 28).

³ “Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhes é devido” (SARLET, 2012, p. 63).

Nessa linha de pensamento, a problemática dos direitos fundamentais tem relação direta com as instituições democráticas e o papel do Estado na condição de provedor e assegurador desses direitos. O cenário atual remete à crise de efetividade que atinge diretamente os direitos sociais no Brasil, especialmente no que diz respeito à falta de capacidade do Estado para atender as demandas sociais da população. (SARLET, 2005).

Por outro lado, da consagração dos direitos fundamentais na ordem constitucional, implica uma tensão entre o agir estatal e a proteção desses direitos. Isso porque, conforme explica Ferrajoli, em contextos democráticos é previsível que o paradigma constitucional seja caracterizado por um modelo normativo complexo impossível de ser plenamente realizável em razão da existência de divergência entre normatividade e efetividade. Essa divergência, corresponderá sempre com um certo grau de inefetividade das normas. Contudo, o alerta é no sentido de que esse grau de inefetividade das normas não ultrapasse os limites, para que as instituições democráticas não sejam colocadas em risco (FERRAJOLI, 2015, p. 147).

É importante destacar que a construção teórica acerca do postulado de proteção aos direitos fundamentais é paradigmática na doutrina alemã, a qual defende que o Estado tem a obrigação jurídica de fazer o possível para proteger os direitos fundamentais (MORAIS, 2018, p. 32). No tocante à força jurídica dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva autônoma é relevante destacar que a doutrina alemã é tradicionalmente reconhecida por determinar o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre a ordem infraconstitucional. Nesse contexto, os direitos fundamentais forneceriam impulsos para a aplicação do direito conforme os preceitos constitucionais. (SARLET, 2005).

O conceito de dever de proteção, compreendido como uma teoria, foi desenvolvido inicialmente pela jurisprudência alemã. A noção abrangente inaugurada na Alemanha tornou clara a noção de que enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual do cidadão contra o Estado, o dever de proteção⁴ derivado desses direitos indica que, ao lado de uma proibição de intervenção, há o dever de um postulado de efetivação. Assim como o dever de respeitar os direitos fundamentais, o dever de proteção vincula todos os poderes do Estado (GRIMM, 2007, p. 160).

⁴ Grimm (2007, p. 157-158) discorre sobre a evolução da Suprema Corte norte-americana, no tocante ao dever de proteção, indicando que: “A função geral de garantir segurança, atribuída ao Estado, foi convertida em obrigação constitucional específica quando se tornou visível que as condições para a manutenção da liberdade individual estavam mudando. A maioria dos casos que se seguiu dizia respeito a riscos para bens interesses constitucionalmente protegidos produzidos por tecnologias modernas e seu uso comercial. Energia atômica, manipulação genética de alimentos, ruído de aviões e seu impacto na vida e na saúde, processamento eletrônico de dados [...] estão entre os desenvolvimentos modernos que mobilizaram o instrumental constitucional de um dever de proteção. Em todos os casos, a questão não era saber se o legislador, ao regular atividades privadas, tinha ultrapassado os limites impostos pelos direitos fundamentais, mas sim se ele havia fornecido proteção suficiente contra riscos recém-surgidos”.

Além desses fatores, a relevância da abordagem do direito alemão no presente estudo se justifica pelo relevo da função atribuída aos direitos fundamentais no âmbito do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconhece a existência de um dever de proteção atribuído ao Estado, o qual, por sua vez, deve zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Dessa incumbência, decorre a obrigação do Estado de adotar medidas positivas de diversas maneiras, visando a proteção efetiva do exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2005)

A partir dessa análise, a discussão em torno da proteção aos direitos fundamentais no cenário brasileiro é de grande relevância. O dever de proteção, nesse caso, refere-se a um dever que precisa ser respeitado e promovido pelo Estado perante os direitos fundamentais. Por isso, destaca-se que a atuação do Estado não deve ser única e exclusivamente realizada por um só poder, o que indica que o dever de proteção deve ser vislumbrado por todos os seus poderes formadores, ou seja, pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. (GERVASONI, BOLESINA, 2014, p. 37).

Nesse contexto, a atuação do Estado e de seus agentes implica a necessidade de se efetivar o dever de proteção, ou seja, reconhecer a função dirigente da Constituição (MORAIS, 2018, p. 33). Isso porque, assumiu-se um compromisso com os direitos fundamentais, razão pela qual existe a premente busca por instrumentos adequados que garantam essa concretização.

Como lição complementar, merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 102.087/MG, no qual ele discorre sobre o dever de proteção na dogmática alemã. O Ministro destaca a conhecida diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Além desses fatores, o Ministro aborda a proibição da proteção deficiente como reveladora da consideração dos direitos fundamentais na qualidade de imperativos constitucionais, indicando que o ato normativo não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira otimizada. (BRASIL, 2012).

No cenário jurídico brasileiro, o caráter dirigente e vinculante da Constituição impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, o que ressalta a força vinculante dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) possuem atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos fundamentais sejam reais e efetivos (SARLET, 2011, p. 268).

Assinala-se, todavia, que os direitos de defesa se identificam por sua natureza negativa e reclamam uma abstenção do Estado no sentido de não intervir na autonomia pessoal do indivíduo. Por outro lado, os direitos prestacionais elencados na Constituição implicam uma dimensão positiva de

atuação, consistente numa prestação de natureza fática, o que indica a necessidade do Estado garantir a proteção e realização desses direitos.

No âmbito dos direitos sociais, Silva (2009, p. 77) explica que seu suporte fático⁵ difere da dimensão negativa das liberdades públicas já que, naquele caso, quando a intervenção estatal não é suficientemente fundamentada, a consequência jurídica será a exigência de abstenção estatal. Ao contrário, a proteção dos direitos sociais implica a exigência de ações estatais, situação em que proteger direitos significa realizar direitos. Por esse motivo, o autor compreende que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito⁶.

Nesse caso, percebe-se que intervir tem relação com agir de forma restritiva no âmbito de proteção de uma liberdade. Contudo, no âmbito dos direitos sociais, a intervenção tem conexão com o preceito de não agir de forma insuficiente, ou seja, não agir de modo a realizar uma proteção deficitária. Assinala-se, dessa forma, a existência da proibição de proteção insuficiente, que pode ser compreendida “[...] de certa forma, como imperativo de tutela, a qual deve assegurar um ‘mínimo’ de proteção que esteja apto a assegurar um padrão constitucionalmente estabelecido” (GERVASONI, BOLESINA, 2014, p. 37).

No caso de uma proteção deficiente, deve-se observar a insuficiência estatal no cumprimento de seu dever de proteção aos direitos fundamentais contemplados na Constituição. Nesse sentido, a existência de uma proibição de proteção deficiente decorre da obrigação de o Estado agir minimamente conforme os preceitos estabelecidos pela Carta Maior.

A delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de sua aplicação é revelada conforme a compreensão de seu conteúdo essencial. Partindo-se do paradigma de que os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, são passíveis de restrições, é necessária uma análise e definição do que é, de fato, protegido pelas normas de direitos fundamentais.

⁵ Nesse sentido, complementa Silva (2006, p. 30): “Quando se fala, portanto, que “todos são iguais perante a lei”, não é a definição do que é protegido - a igualdade - suficiente para se definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito”.

⁶ De acordo com Moraes (2018, p. 32), a doutrina de proteção “[...] não se restringe tão somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção, mas assume a condição ambivalente de um postulado de proteção. Isto é, o Estado deve desenvolver meios para proteger os Direitos Fundamentais de tal forma que os atos públicos e particulares sofram uma filtragem constitucional, garantindo a declaração de sua nulidade sempre que contrariem os seus comandos. Nessa condição, institui-se tanto a proibição do excesso, como a proibição de omissão”.

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser reconhecível como um direito fundamental. A ideia central desse requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais e que não são disponíveis às intervenções dos poderes estatais (SARLET, 2017, p. 416).

Nesse contexto, tem-se o alerta de Silva (2006, p. 38), ao apontar que conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser encarado como um fenômeno complexo e que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Por essa razão, o autor analisa questões acerca de um conteúdo essencial relativo e de um conteúdo essencial absoluto.

Sobre o conteúdo essencial relativo, o autor indica que seu ponto central consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. A definição do que é essencial e deve ser protegido depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobremaneira, que o conteúdo essencial de um direito poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso⁷ (SILVA, 2006, p. 42).

Sobre o conteúdo essencial absoluto⁸, o autor faz uma crítica, indicando que os direitos não são passíveis de um conteúdo essencial definido de antemão e de caráter absoluto. Ainda, afirma que tal concepção absoluta estaria presa a uma definição antecipada de conteúdos, essenciais ou não, o que excluiria, por consequência, diversas condutas, atos, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais, deixando-os “[...] ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas” (SILVA, 2006, p. 25).

Independente das teorias acerca da forma como se dará a fixação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que importa ressaltar é o objetivo comum de ambas as teorias, que procuram a garantia de maior proteção dos direitos fundamentais, por meio da fixação de seu núcleo essencial.

⁷ Dos seguintes argumentos, extrai-se a relação entre o conteúdo essencial e a regra da proporcionalidade: “[...] a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial”. (SILVA, 2006, p. 43).

⁸ De acordo com Barretto, os direitos humanos (e, assim também os fundamentais) comportam diferentes graus de proteção, sendo pouquíssimos aqueles em relação aos quais cabe afirmar uma proteção absoluta, sendo, precisamente, os seguintes: “proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes, a proibição da escravidão e da servidão, e a proibição de obrigar alguém sem seu consentimento a submeter-se a experiências médicas e científicas e a obrigação de reconhecer em todos os lugares personalidade jurídica de cada indivíduo” (2010, p. 27). Consequentemente, em relação a todos os demais direitos, alguma medida de restrição não só é admissível, como inerente à caracterização do próprio direito, o que torna a discussão acerca da legitimidade e extensão dessas possíveis limitações ainda mais necessária e importante.

Nesse contexto, Sarlet (2017, p. 417) indica que a ideia de núcleo essencial tem a qualificação do conteúdo protegido em face das restrições e se dá precipuamente não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas, pela circunstância de que está imune à ação do Poder Público e, portanto, segue à disposição do titular do direito.

Nessa linha de pensamento, mesmo que o legislador ordinário seja competente para a edição de normas restritivas, sempre está vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Equivale a dizer que uma norma infraconstitucional não pode restringir um direito fundamental a ponto de torná-lo praticamente nulo⁹. Apesar de boa parte das normas de direitos fundamentais brasileiras serem caracterizadas por um amplo aspecto de indeterminação semântica, a parcela do núcleo essencial dessas previsões constitucionais deve ser assegurada.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme a abordagem do primeiro capítulo sabe-se que o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos da respectiva norma jurídica. Isso porque, o bem jurídico protegido pelas normas de direitos fundamentais nem sempre é de fácil identificação, o que demonstra a existência de uma indeterminação semântica no texto constitucional.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy encontra seu alcance, nesse sentido, pois o autor parte do princípio da existência de inúmeros dispositivos constitucionais que estabelecem uma regulamentação aberta, o que não permitiria um consenso fácil sobre o alcance de seu sentido. Por isso, para o referido autor, a distinção estrutural entre regras e princípios é essencial na organização dos direitos fundamentais principalmente para apresentar seus alcances e limites (ALEXY, 2011, p. 85).

Nesse ponto, o autor destaca que a distinção entre regras e princípios é considerada a mais importante diferenciação teórica-estrutural e que estabelece a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, podendo ser um elemento chave na solução de problemas centrais da dogmática desses direitos. Além disso, Alexy pontua que sem a referida diferenciação não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 86).

Parte-se do pressuposto de que toda norma é uma regra ou um princípio. As regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas. Quer dizer, se uma regra possui validade, o correto é se realizar

⁹ Outro fato que corrobora o argumento de vinculação do poder legislativo aos ditames constitucionais é a existência das cláusulas pétreas na Constituição Federal (artigo 60, parágrafo 4º), as quais se caracterizam por serem limitações materiais ao poder de reforma do Estado. (BRASIL, 1988).

exatamente o que ela indica. Por isso, regras contêm determinações acerca do que é possível fática e juridicamente (ALEXY, 2011, p. 91). Nessa linha de raciocínio, Morais (2018, p. 49) explica que “[...] as regras determinam as condições fáticas e jurídicas para sua aplicação, de tal maneira que seu âmbito de aplicação é fixado de modo pré-estabelecido¹⁰”.

Por outro lado, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Por esse motivo, são considerados mandamentos de otimização que possuem a característica da máxima normatividade sempre. Assim, se entende que os comandos provenientes dos princípios jurídicos devem ser realizados ao máximo, consideradas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY 2011, p. 95).

Seguindo essa linha, Morais (2018, p. 53), explica, sinteticamente, que enquanto as regras mantêm a sua preocupação com as condições fáticas, tendo como característica a determinação de um suporte fático e uma consequência jurídica, os princípios envolveriam questões fáticas e jurídicas. De acordo com o autor, pode-se afirmar que os princípios colidentes deveriam ser harmonizados, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas proporcionadas pelo caso em concreto, enquanto as regras seguem o critério de exclusão¹¹.

No tocante à temática das restrições aos direitos fundamentais, Novais (2010, p. 157) entende que a elas correspondem a ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental. Nesse ponto, indica que as restrições assim caracterizadas eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem jurídico protegido constitucionalmente e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares do direito fundamental.

Por outro lado, as ordens jurídicas não podem proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, o que indica a possibilidade de serem restringidos em determinadas situações. Para teorizar

¹⁰ “Nesse sentido, parece que a noção de regra como norma jurídica conforma-se à tradicional visão que coloca em evidência a chamada teoria do suporte fático. Preenchendo a regra o seu suporte fático, a consequência jurídica seria um processo automático. A lógica das regras seria: se Y então X. Aquilo que juridicamente é conhecido como um processo de subsunção. Saber, portanto, se o jurista estaria diante de uma norma de direito fundamental proveniente diretamente da positivação da proposição do texto constitucional implicaria a verificação sobre a satisfação do seu esquema se/então. Valendo tal norma, dever-se-ia, por força do esquema imperativo, fazer exatamente aquilo determinado pela regra” (MORAIS, 2018, p. 50).

¹¹ “Então, não seria possível haver duas normas que empregassem tratamento diferenciado a mesmo acontecimento. Regras seguem o critério da exclusão. Havendo um fato social previsto no suporte fático da regra, a consequência jurídica de tal ato poderia ser deduzida mediante um esquema lógico. Todavia, no caso dos princípios, a sua condição de mandamentos de otimização, faria com que a sua aplicação fosse gradual, considerando-se as possibilidades fáticas ou jurídicas. Se um princípio entrasse em colisão com outro, em razão de sua condição de exigência maximizante, deveria se estabelecer uma relação de precedência entre eles, sem a necessidade de exclusão do sistema. Isso porque, um dos princípios deveria ceder” (MORAIS, 2018, p. 52-53).

as questões acerca das relações entre direitos e seus limites e restrições, é necessária a análise de dois enfoques distintos: as teorias interna e externa.

A ideia central de uma teoria interna reside na definição dos limites de cada direito como algo interno a ele¹². A fixação desses limites, com base na teoria interna, indica que não há definição, nem influência por aspectos externos, tampouco por colisões com outros direitos. A partir desse raciocínio, o enfoque da teoria remete à estrutura de regras, o que significa que uma norma produzirá seus efeitos sempre que determinado fato se enquadre na hipótese por ela descrita (SILVA, 2009, p. 128).

No âmbito da teoria interna¹³, a demonstração da possibilidade de se fundamentar a limitação de um direito é algo inerente à própria norma, por isso há exclusão da necessidade de restrições externas. Em síntese, ao partir do pressuposto de que os direitos garantidos constitucionalmente não são absolutos, na perspectiva de uma teoria interna, os direitos fundamentais têm suas limitações descritas na própria Constituição, implícita ou explicitamente (SILVA, 2009, p. 131).

A teoria interna utiliza-se dos limites para rejeitar a necessidade de restrição a direitos fundamentais, característica essa de uma teoria externa. Ou seja, ao se falar em limites traçados pela Constituição, não há necessidade de se recorrer a um fator externo de restrição. Por esse motivo, aliada a uma teoria interna, aparece a nomenclatura de limites imanentes, para indicar que o limite estabelecido a um direito fundamental está inserido no texto constitucional. Nesse sentido é o alerta de Silva (2009, p. 132) ao indicar que, no caso de limites imanentes, não há que se falar em restrições a direitos fundamentais, já que se trata de meros limites que decorrem da Constituição.

Ao contrário da teoria interna que pressupõe a existência de um direito e seus limites, a teoria externa divide seu objeto em duas partes: o direito em si e suas restrições destacadas dele. No paradigma da teoria externa, as restrições não tem influência no conteúdo do direito, podendo apenas no caso concreto restringir seu exercício (SILVA, 2009, p. 138). Desse critério, extrai-se a relação da colisão entre princípios e sua possível extensão.

Se, por um lado, a teoria interna remete à estrutura de regras, por outro, a teoria externa indica uma estreita relação com os princípios. Conforme pontuado acima, os princípios devem ser realizados de modo mais amplo possível. O suporte fático das normas de direitos fundamentais implica que a

¹² “Se isso é assim, ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras” (SILVA, 2006, p. 38).

¹³ Alexy (2011, p. 277) aponta que a base da sustentação da teoria interna é o direito com um determinado conteúdo. Assim, indica que “[...] o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre o seu conteúdo”.

colisão de normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão (SILVA, 2009, p. 139).

Em geral, as restrições a direitos fundamentais são levadas a cabo por meio de regras¹⁴. Essas regras, sobretudo, são encontradas na legislação infraconstitucional. Materialmente falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. Quer dizer que ocorrem porque dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam. A solução dessa colisão sempre irá implicar uma restrição a, ao menos, um dos princípios envolvidos (SILVA, 2009, p. 143).

Com fundamentação semelhante, Sarlet (2017, p. 403) aponta que a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade de imposição de limites a tais direitos, para que se possa ser assegurada a convivência harmônica entre os respectivos titulares no âmbito da realidade social.

Avançando no tema, Alexy (2011, p. 281) argumenta que uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até poderá ter a natureza de uma intervenção, mas não de uma restrição. Com isso, fica estabelecido um critério bastante determinante estabelecido pelo autor, de que as normas que restringem direitos fundamentais devem ser compatíveis com a Constituição¹⁵.

Por esse motivo, Novais (2010, p. 160) assinala que o reconhecimento constitucional da aplicabilidade dos direitos fundamentais vincula diretamente o legislador ordinário, a quem incumbe, em primeira mão, a confrontação entre o problema do plano constitucional da consagração dos direitos fundamentais e o plano das intervenções do Estado nesse domínio.

¹⁴ A maioria dos casos, a título de exemplificação, envolvem regras que proíbem alguma conduta que *prima facie* é permitida por algum direito fundamental. Um exemplo pode ser extraído da obra de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 141): “Muitos poderiam imaginar que existe uma colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e a regra do art. 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que exige que as emissoras de TV, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, exibam apenas programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Tratados isoladamente aqui, com certeza, há uma colisão. Mas o art. 76 não é produto de um simples julgamento de conveniência do legislador, mas o resultado de um sopesamento entre princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente). A regra impõe uma restrição à liberdade, mas não colide com ela. A colisão ocorre antes, entre os dois princípios mencionados, cuja solução se expressa na regra”.

¹⁵ “O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se, sobretudo ou exclusivamente, como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”. (ALEXY, 2011, p. 277).

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, objeto desse estudo, questionou-se a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional, o artigo 394, incisos II e III da Consolidação das Leis do Trabalho em conflito com dispositivos constitucionais que asseguram a proteção à maternidade e à infância. Nesse caso, observa-se o direcionamento a uma teoria externa, sobremaneira porque, na Constituição Federal, observa-se a proteção à maternidade de maneira geral, podendo-se concluir que isso deriva da Constituição.

O tema central da discussão destinada ao próximo ponto do trabalho é, então, analisar como se deu a apreciação do Supremo Tribunal Federal na citada Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como se a norma infraconstitucional trabalhista representou, em última análise, uma proteção deficitária do Estado ao direito fundamental da proteção à maternidade e à infância.

3 A INTERVENÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5938: A PERSPECTIVA DA TEORIA DO DEVER DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O julgamento objeto do presente trabalho foi levado a efeito pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em 29 de maio de 2019. Tratou-se da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938, por meio da qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos questionava os incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação conferida pelo artigo 1º da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

A norma em questão, com a reforma trabalhista, passou a estabelecer que as empregadas gestantes devem trabalhar em atividades insalubres em grau médio ou mínimo e as lactantes em qualquer grau de insalubridade, exceto se apresentarem atestado médico que recomende seu afastamento durante a gestação e lactação¹⁶. Tal condição expressa que, somente em caso de

¹⁶ A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou a ADI em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, do seguinte dispositivo celetista: Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. CLT. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

insalubridade em grau máximo, a gestante será afastada de modo automático do ambiente laboral insalubre.

Em síntese, os argumentos utilizados pela autora indicam que a norma questionada: (a) fere dispositivos constitucionais acerca da proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido; (b) viola a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho; (c) desprestigia a valorização do trabalho humano e não assegura a existência digna; (d) afronta a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais; (d) vulnera o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado e (e) corresponde violação do princípio da proibição do retrocesso social.

A seu turno, em 30 de abril de 2019, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu a medida liminar solicitada pela Confederação, determinando a suspensão da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III, da nova redação do artigo 394-A da CLT.

É importante evidenciar que o relator aplicou o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei n. 9.868/1999, pelo qual o Plenário da Corte deve analisar diretamente o mérito da ação. O Ministro considerou tal medida adequada, diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Com a concessão da liminar pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, a ADI seguiu seu trâmite, culminando em seu julgamento de mérito, realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 29 de maio de 2019. Na ocasião, o Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade, em consonância com o entendimento adotado pelo relator.

Nesse sentido, faz-se necessário o detalhamento das razões utilizadas pelo Ministro e que embasaram sua decisão para declarar a inconstitucionalidade da expressão "quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento", contida nos incisos II e III do art. 394-A da CLT.

Inicialmente, Alexandre de Moraes pontua que a norma impugnada diminui a tutela dos direitos sociais indisponíveis ao impor às empregadas o ônus de apresentar atestado de saúde recomendando seu distanciamento durante a gestação ou lactação, emitido por médico de confiança, como condição para o afastamento. (BRASIL, 2019)

Sob essa óptica, aduziu que a Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, dentre eles a proteção à maternidade, considerada *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como, a licença-gestante, o direito à segurança no emprego e a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante.

Avançando no tema, o relator indicou que a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança. Nesse contexto, discorreu acerca da importância da norma constitucional não só para salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido.

Ao continuar sua análise, o ministro fez menção à importância da possibilidade da criança poder conviver de modo integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre. Nesse ponto, considerou que a proteção à maternidade decorre da prioridade que o artigo 227 do texto constitucional estabeleceu à integral proteção à criança. Afirmou, ainda, que a hipótese contempla um direito de dupla titularidade, compreendendo o direito à maternidade da trabalhadora gestante e o direito à proteção integral da criança. (BRASIL, 2019).

Por fim, assinalou que a inconstitucionalidade residiu no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maiores embaraços para o exercício de seus direitos. (BRASIL, 2019).

Vale destacar, também, o voto da Ministra Rosa Weber que, ao realizar um apanhado histórico dos direitos trabalhistas das mulheres no Brasil, indicou a existência de uma afirmação histórica do compromisso da nação com a proteção da mulher. Além disso, a Ministra indicou que Constituição de 1988 priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (BRASIL, 2019).

Por ser a maternidade um período de maior vulnerabilidade da mulher, a Ministra concluiu que as contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral geram uma sobrecarga ainda maior. Aduziu, ainda, que os direitos fundamentais da trabalhadora elencados no artigo 7º da Constituição impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família. Por fim, assinalou que a alteração promovida pela reforma trabalhista implicou “inegável retrocesso social”. (BRASIL, 2019).

Sobre o aspecto da vedação ao retrocesso, Miranda (2005, p. 397) leciona que o legislador não pode simplesmente eliminar as normas concretizadoras de direitos sociais, já que isso equivale a

subtrair a eficácia jurídica das normas constitucionais. Sob igual argumentação, Sarlet (2012, p. 444) indica que, mesmo tendo em conta que o espaço de decisão legislativa seja variável, não se pode admitir que, em nome da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade acabem sendo esvaziados.

O alerta de Sarlet (2012, p. 445) consiste, também, no fato de que, mediante a supressão pura e simples do núcleo essencial de determinado direito social afeta-se, como neste caso, a própria dignidade da pessoa. Por essa razão, se revela inadmissível que o núcleo essencial mínimo juridicamente elegível dos direitos a prestações seja violado.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal assumiu um importante papel, na medida em que suas decisões possuem função norteadora sobre todo o ordenamento jurídico. Na condição de normas principiológicas, dotadas de algo grau de abstração, a interpretação conferida ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais reconhece, cada vez mais, a importância que o Poder Judiciário tem na proteção desses direitos.

No caso em análise, observa-se que a opção do legislador em condicionar o afastamento das empregadas gestantes e lactantes à apresentação de atestado médico violou o disposto no artigo 6º da Constituição Federal, que consagra como direito social fundamental a proteção à maternidade e à infância. Deve-se levar em conta que o âmbito de proteção desse direito consubstancia o dever que o Estado tem de assegurá-lo.

Com efeito, na insalubridade, o prejuízo à saúde do trabalhador é diário. Isso se depreende da legislação trabalhista, ao estabelecer que o trabalho insalubre se caracteriza quando os empregados são submetidos a agentes nocivos acima dos limites de tolerância fixados em razão da exposição aos seus efeitos. Dessa maneira, expor a trabalhadora gestante ou lactante a qualquer nível de insalubridade, pode acarretar danos a sua saúde e à saúde do nascituro.

Nessa perspectiva, a proteção da mulher grávida ou lactante em relação ao trabalho insalubre, além de representar uma proteção constitucional à saúde da mulher, indica também o direito da criança de conviver com a mãe nos primeiros meses de vida sem os perigos da atividade insalubre, o que faz correspondência, ademais, com o artigo 227 da Constituição Federal.

Nessa seara, deve ser destacado que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) firmou posicionamento no sentido que a alteração legislativa em questão seria inconstitucional. Posicionando-se contra a nova redação do artigo 394-A da CLT, inclusive editou um enunciado, indicando que a autorização legal que permite o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e violadora da dignidade humana, do direito à redução dos

riscos inerentes ao trabalho e da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. (ANAMATRA, 2018).

A omissão do Estado, ao deixar de cumprir com o texto constitucional, impede a própria aplicabilidade das normas e princípios descritos pela Constituição. Ainda, o Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue conceder ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, o que os garante, além de direitos mínimos, uma proteção necessária que o Estado deve lhes dar. (MORAIS, 2018, p. 15-16)

Sob essa perspectiva, verifica-se que o Poder Judiciário e mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, assumiu a condição de guardião dos direitos fundamentais presentes na Constituição. Nesse sentido, sua atuação é marcada pela tentativa de dotar de eficácia os Direitos Fundamentais, dando-lhes o máximo de proteção possível¹⁷ (MORAIS, 2018, p. 21).

Por esses motivos, entende-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional a norma questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938 confirmou que a reforma trabalhista trouxe uma restrição indevida ao direito fundamental à proteção da maternidade e da infância que culminou na proteção insuficiente do Estado, ao passo em que adequou a norma aos ditames materiais da Constituição, ao proporcionar devida proteção à mulher gestante e lactante e também à criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a abordagem teórica do trabalho, conclui-se que do postulado de dever de proteção do Estado, decorre a necessidade de não haver uma prestação deficitária do Estado aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Desse modo, além de se garantir a intangibilidade do núcleo essencial desses direitos, deve ser assegurado que as restrições em âmbito legislativo estejam de acordo os ditames constitucionais.

Ressalta-se que o legislador competente para a edição de normas restritivas de direitos fundamentais deve agir de modo a não infringir o núcleo essencial desses direitos, conforme o postulado de dever de proteção do Estado, que vincula todos os poderes estatais a sua efetivação.

¹⁷ Nesse ponto, destaca-se que, apesar da importância desse papel do Judiciário, tem-se também no âmbito deste Poder uma série de problemas e dificuldades de cunho democrático a partir de fatores como ativismo judicial e discricionariedade que, embora não sejam temas aprofundados nesse trabalho, não podem ser ignorados.

Nesse ínterim, se o Estado não assegura condições mínimas de efetividade dos direitos fundamentais, corre-se o risco de prejudicar a própria estrutura democrática do país.

Pelos fundamentos expostos, ao final conclui-se que a hipótese de pesquisa fora confirmada, pois a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), quando condicionou o afastamento da empregada gestante e lactante do local insalubre à apresentação de atestado médico, violou o direito a proteção à maternidade e à infância previstos na Constituição Federal.

Por isso, com base na teoria do dever de proteção dos direitos fundamentais, a intervenção legislativa resultou uma proteção deficiente do Estado. A atuação do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, ao declarar inconstitucional o referido dispositivo celetista, representou a atuação positiva do Estado, como protetor dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANAMATRA , Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual Material do Trabalho*. IX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat. 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*. CLT. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 102.087/MG, Relator Ministro Celso de Mello; Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. *Diário da Justiça*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5938. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. *Diário da Justiça*.

FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GERVASONI, Tamiris Aparecida; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAIS, Fausto Santos de. O dever de proteção aos Direitos Fundamentais como característica primordial do Constitucionalismo. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; CELLA, José Renato; SILVA, Jaqueline Mielke. *Direito, Democracia e Sustentabilidade: anuário do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Meridional*. Erechim: Deviant, 2018.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de direito do Estado*. Rio de Janeiro. v. 4, p. 23-51, 2006.

Submetido em 29.11.2019

Aceito em 03.10.2021