



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A POSSIBILIDADE DE ACESSO
AOS REGISTROS CRIMINAIS DO CANDIDATO AO EMPREGO.
COTEJO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E
BRASILEIRO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Luciana Dória de Medeiros Chaves

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20150180

Março de 2019

Lisboa

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo amor e exemplo para tudo que sou.

A minha amada filha Sofia, pelo carinho e compreensão pelos momentos de ausência.

Ao meu ex-marido e amigo Flávio, pela ajuda para que esse desejo se concretizasse.

À Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pelo carinho e atenção durante todo o desenvolvimento deste trabalho, dando-me a honra de sua irretocável orientação.

Aos amigos e colegas de UAL Murilo Brião da Silva, Márcia Andrea Farias, Floriano Dutra e Fábio Goulart Villela, que tornaram mais leve a minha caminhada.

Aos demais amigos que sempre me apoiaram e estiveram presentes nesta fase difícil, mas também prazerosa de minha vida, em especial ao meu colega Alexandre Manuel Pereira e à diletta amiga Lorena Carneiro Macedo.

A todos os meus mentores que contribuíram e contribuem para a minha jornada, em especial o Professor Doutor Augusto César Leite de Carvalho, o Doutor Mário Luiz Vieira Cruz e o Mestre Flávio Luiz da Costa.

Minha imensa gratidão.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do direito ao esquecimento, caracterizado pela necessidade do ex-detento de ter esquecido seu passado criminal, e a possibilidade de aplicação desse direito quanto à exigência de certidão de registros criminais do candidato ao emprego. Embora não expressamente previsto nas Constituições do Brasil e de Portugal, o direito ao esquecimento é um direito fundamental autônomo com amparo na dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade e reinserção social e visa resguardar faceta do direito à vida privada. Sua possibilidade de choque com o direito fundamental à informação do empregador é caracterizada pela condição de cidadão-trabalhador que possui o candidato ao emprego e sua necessidade de se reinserir no mercado de trabalho. Com base nesse pressuposto, fez-se um estudo doutrinário sobre as formas de solucionar o conflito de interesses, bem como da legislação luso-brasileira sobre opções operadas pelo legislador como restrições dos direitos do esquecimento do empregado e de informação do empregador.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Certidão de registros criminais; Contrato de emprego; Direito à informação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the right to be forgotten principle, characterized by the need for the former detainee to have forgotten his criminal past and the possibility of applying this right regarding the requirement of a criminal record certificate of the candidate for employment. Although not expressly provided for in the Brazilian and Portuguese Constitutions, the right to be forgotten is an autonomous fundamental right with protection in the dignity of the human person, free development of personality and social reintegration and aims to protect the aspect of the right to privacy. Its possibility of collision with the fundamental right to the information of the employer is characterized by the condition of citizen-worker who has the job candidate and his need to re-enter the labor market. Based on this assumption, he made a doctrinal study on ways to solve the conflict of interests, as well as the Luso-Brazilian legislation on options operated by the legislator as restrictions on the right to be forgotten of the employee and the right to information of the employer.

Keywords: Right to be forgotten; Criminal record certificate; Employment contract; Right to information.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	2
RESUMO	3
ABSTRACT	4
ABREVIATURAS E OUTRAS INDICAÇÕES DE LEITURA	6
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	9
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	9
1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	9
1.2. CONCEITO E PECULIARIDADES	15
1.3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.4. A DIGNIDADE HUMANA E O ORDENAMENTO JURÍDICO DE PORTUGAL E DO BRASIL	24
CAPÍTULO II.....	34
2. DIREITO AO ESQUECIMENTO	34
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	34
2.2. CONCEITO	38
2.3. NATUREZA JURÍDICA	40
2.4. DA REINserÇÃO SOCIAL DOS EX-INFRATORES.....	58
2.5. REGISTROS CRIMINAIS.....	64
2.6. APLICAÇÃO NO DOMÍNIO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	66
CAPÍTULO III	70
3. CONFLITO DE INTERESSES	70
3.1. POSSIBILIDADE DE CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	70
3.2. RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	76
3.3. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO DOS CASOS CONCRETOS	82
3.4. DA SOLICITAÇÃO PELO EMPREGADOR DE CERTIDÃO DE REGISTROS CRIMINAIS DO CANDIDATO AO EMPREGO COMO HIPÓTESE DE CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	93
CAPÍTULO IV	100
4. SITUAÇÕES AUTORIZADAS DE ACESSO AOS REGISTROS CRIMINAIS DO CANDIDATO AO EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA.....	100
4.1. POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	100
4.2. POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	116
4.3. DO COTEJO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO	120
4.4. SUGESTÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	123
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	130

ABREVIATURAS E OUTRAS INDICAÇÕES DE LEITURA

AEPD - Agência Espanhola de Proteção de Dados

art./arts. - artigo/artigos

CEDH - Carta Europeia de Direitos Humanos

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CDFUE - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados

CRP - Constituição da República Portuguesa

CP - Código Penal

CTP - Código de Trabalho de Portugal

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

p. - páginas

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados

SICRIM - Sistema de Informação de Identificação Criminal

ss. - seguintes

STF - Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ - Superior Tribunal de Justiça do Brasil

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

vol. - volume

INTRODUÇÃO

"Quem quer ter uma ex-presa para trabalhar? desde que sair (sic) de lá não consegui arranjar nada. Minha sorte é minha filha. Moro com ela e meu genro, por causa dela ainda não morri de fome. Não adianta procurar emprego se a ficha da gente tá (sic) suja. Ninguém confia em nós (sic). Vou carregar isso comigo para o resto da vida parece. Até parece que eu vou sair aí atirando num ou noutro"¹.

Em recente julgado, o Tribunal Superior do Trabalho no Brasil decidiu emblemática situação sobre a exigência de registros criminais no processo de seleção para formação de contrato de emprego. Na oportunidade, perquiriu-se a existência ou não de dano moral ante a solicitação da certidão, sendo reconhecido legítimo o requisito quando decorrente de previsão legal ou se justificar pela natureza da atividade ou o grau de fidúcia exigido².

Muito embora o cerne da presente dissertação seja a situação acima descrita - possibilidade ou não de solicitação do histórico criminal na seleção de empregados, o enfoque não será nas consequências da imposição. Buscar-se-á analisar a premência de ressocialização do ex-detento, aliada à proteção da vida privada do candidato ao emprego, através do direito ao esquecimento, no tocante ao direito de propriedade/liberdade de gestão empresarial e informação do empregador sobre seus futuros empregados.

Assim, será um estudo eminentemente jurídico, com ênfase no direito luso-brasileiro, e que tem por objetivo principal verificar se à entidade patronal assiste o direito de exigir, indistintamente, do trabalhador a apresentação de seus registros criminais para fins de seleção no âmbito das relações laborais.

Iniciar-se-á com uma abordagem generalizada sobre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, analisando-os nas Constituições de Portugal e do Brasil. Em seguida, far-se-á investigação sobre a imprescindibilidade da ressocialização, reportando que o papel do Estado de mero aplicador da sanção penal não se coaduna com as Constituições e que a reinserção do ex-condenado é interesse de todos, inclusive da sociedade, especialmente no mercado de trabalho.

¹ ALVES, Amy Adelina C. Faria - **De volta à sociedade: o mundo lá fora**. Aracaju: UFS/ Fundação Oviêdo Teixeira, 2001, p. 90. ISBN 85-87-110-17-9.

² DALAZEN, João Orestes (relat.) - **Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil com o número 243000-58.2013.5.13.0023, de 20 de Abril 2017**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=241821&anoInt=2014>

Na sequência, tratar-se-á do direito ao esquecimento com uma abordagem geral, analisando sua natureza jurídica, bem como os princípios e/ou direitos fundamentais com os quais tem fundamento e/ou respaldo para seu reconhecimento e a aplicação no âmbito da relação empregatícia, notadamente, no que se refere à exigência da certidão de registro criminal do candidato ao emprego.

Em continuidade, estudar-se-ão as soluções de conflito de interesses, analisando a existência ou não de choque entre os direitos fundamentais do empregado (esquecimento) e do empregador (propriedade privada/liberdade de gestão empresarial e informação), averiguando as normas aplicáveis e a jurisprudência de Portugal e do Brasil. Ao fim, far-se-ão sugestões ao ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO I

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Os direitos são construídos ao longo da História, acompanhando as mutações culturais, políticas e sociais. A percepção sobre que é fundamental se altera com base no momento e o lugar em que foi reconhecido, segundo as situações vivenciadas³.

Conquanto se consagre que a antiguidade não foi o berço do surgimento dos direitos fundamentais, o antigo mundo, através da Filosofia e da Religião, deixou algumas ideias-chave que inspiraram a compreensão jusnaturalista e sua percepção no sentido de que "o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, [...], de 'pré-história' dos direitos fundamentais."⁴.

No pensamento greco-romano e cristão, em sua filosofia clássica, encontram-se as raízes dos valores da igualdade, da dignidade humana e da liberdade dos homens. O modelo instituído na figura de um ser humano livre e possuidor de individualidade já constituía a democracia de Atenas⁵. Do antigo testamento, retira-se a noção de que o homem representa o ponto máximo da criação de Deus, tendo sido feito à sua imagem.

O pensamento jusnaturalista e seus processos renovadores foram de indiscutível relevância para a concepção *a posteriori* dos direitos fundamentais. Na Idade Média, as premissas de caráter suprapositivo, por nortear e restringirem o poder, funcionavam como requisito de legitimação de sua atuação⁶.

O mérito dos ensinamentos de São Tomás de Aquino é destacado ao acrescentar ao ideário cristão duas ordens diversas. A primeira compunha-se do direito natural - racionalidade humana; e a segunda, do direito positivo - "sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo exercício do direito de resistência da população"⁷.

³ "Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não de uma vez nem de uma vez por todas". BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 18.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 37-38.

⁵ *Idem* - **Op. Cit.** p. 38.

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique - **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 38.

Com respaldo no legado tomista, a dignidade humana integrou-se à tradição jusnaturalista e passa a representar um valor próprio, como ponto principal da personalidade do ser humano⁸, advindo de um valor natural, inalienável e incondicionado.

Ingo Wolfgang Sarlet arremata a influência do jusnaturalismo para a aceitação dos direitos fundamentais, afirmando que:

"Foi principalmente - apenas para citar os representantes mais influentes - com o Rousseau (1712-1778), na França, Thomas Paine (1737-1809), na América, e Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Payne quem na sua obra popularizou a expressão 'direitos do homem' no lugar do termo 'direitos naturais'. É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo dessa fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. Conforme ensina Bobbio, Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis das quais deu se o livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político filosófico e jurídico."⁹

O progresso teórico dos direitos humanos foi seguido e acompanhado no direito positivo de um evolutivo reconhecimento das liberdades e dos deveres individuais, os quais se apontam como antecedentes aos direitos fundamentais, sendo de suma importância a Reforma Protestante por gradativamente reconhecer a liberdade de culto e de opção religiosa em alguns países da Europa¹⁰. Da mesma forma, e, em sequência, as declarações de direitos inglesas do século XVII - *Petition of Rights*, *Habeas Corpus* e *Bill of Rights* - surgem para limitar a autoridade da Monarquia e do Parlamento ante a coroa inglesa¹¹.

⁸ *Idem - Ibidem.*

⁹ *Idem - A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 40.

¹⁰ "[...] não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das conseqüentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez precondição para as revoluções burguesas do século XVIII, bem como os reflexos já referidos na esfera do pensamento filosófico, conduzindo a laicização da doutrina do direito natural, na elaboração teórica do individualismo liberal burguês. Cumpre lembrar aqui a lição de H. P. Schneider, que aponta para a circunstância de que foi justamente o entrelaçamento e a interação dessas duas diretrizes - a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais - que propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais". *Idem - A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 42.

¹¹ Importante trazer a lição de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que muito embora se reconheça a importância desse evolução para a afirmação e positividade dos direitos e liberdades civis na Inglaterra, ante as limitações do poder real em favor da liberdade individual, ainda não se pode considerar como marco inicial para os direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo, tendo em vista que não vinculavam o Parlamento. Acrescenta que na Inglaterra existiu uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. *Idem - A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 42-43.

O marco inicial¹² do surgimento dos direitos fundamentais aconteceu em 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia¹³, sendo igualmente relevante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ambas tinham como característica o reconhecimento ao ser humano de direitos naturais, invioláveis, imprescritíveis e inalienáveis, sendo dos homens indistintamente, tendo como principal diferenciação o fato de as declarações francesas serem fruto de processo revolucionário e constitucional.

Tal situação culminou¹⁴ com a confirmação do Estado de Direito na percepção da burguesia liberal, sendo decisivo para a primeira geração/dimensão dos direitos fundamentais¹⁵. A Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que, quando uma sociedade não reconhece e não protege os direitos, nem tampouco se determina a separação dos poderes, não possui Constituição, importando em dizer que:

"Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias da Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais."¹⁶

A razão de existir dos direitos em estudo possui um nexo de correlação genético e funcional com o Estado de Direito, "uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito"¹⁷.

¹² "[...] a origem dos direitos fundamentais se encontra diretamente nas correntes políticas e jurídicas dos Estados Unidos e da França do século XVIII [...]" MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 201, p. 70.

¹³ Nela os direitos naturais dos homens foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que formalmente só tenha acontecido a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791.

¹⁴ "A exemplo da linha evolutiva do Estado de Direito, também as relações do Estado com as pessoas sujeitas ao seu poder passaram por intensas vicissitudes no decorrer da história. Sob essa perspectiva de análise, é visível que os direitos hoje reconhecidos são fruto de uma lenta sedimentação sociopolítica, sendo possível dividi-los em distintas dimensões consoante a precedência do seu reconhecimento.". Emerson – Instrumentos de Defesa dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: a funcionalidade da Ação Popular e da Ação Civil Pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. ISSN 1413-3873. Ano 2016, n.º 59, (Jan/Mar 2016), p. 139.

¹⁵ No mesmo sentido e sintetizando Jorge Bacelar Gouveia afirma que "O Constitucionalismo Liberal fez vingar a *teoria liberal*, caracterizada pelos direitos de liberdade e pelas liberdades públicas, todos dominados por uma ideia de abstenção do Estado em relação à Sociedade e à Economia [...] Paralelamente, no plano da fundamentação do Estado e do Poder, todos assentavam numa concepção jusnaturalista, eivada do espírito do jusracionalismo e do contratualismo da Ilustração do século XVIII, com as necessárias consequências da universalidade, inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais.". GOUVEIA, Jorge Barcelar - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Revista Direito UFMS**. Campo Grande: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Ano 2015, Ed. Especial, (Jan/Jun 2015), p. 37.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 59.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique - **Los Derechos Fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 19.

Assenta José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸ que o propósito de criação das constituições é, em parte, concomitante com as exigências de codificação e com as estratégias burguesas para a legalidade. Para o citado autor, a lei constitucional correspondia à ânsia por "limite, racionalidade e calculabilidade" na atuação estatal e, em contrapartida, a sociedade precisava da codificação para suprir sua carência de estruturação jurídica dos conflitos sociais.

E vai além, ao descrever como "reserva de justiça" a positivação de alguns princípios e direitos fundamentais que acontecem pela legitimação, quer material quer formal, do Poder Constituinte e da Constituição, representando anseios sociais. Sintetiza sublinhando que "o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca"¹⁹.

Os direitos fundamentais - personificação e positivação constitucional formal e/ou material de definidos valores básicos - compõem, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o conteúdo essencial de ordem legal. E significam ainda, num Estado democrático, que certas vinculações de cunho material tornam-se necessárias para combater aos regimes políticos existentes até o término da Segunda Guerra Mundial²⁰.

Foi exatamente após as perversidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial que se despertou a consciência coletiva para a necessidade de se defender a pessoa humana, com a finalidade de evitar que se reduzisse a mera condição de instrumento e impedir a discriminação categorizada entre seres humanos inferiores e superiores²¹.

Percebeu-se que o modelo constitucional europeu, caracterizado pelo exagerado valor dos Poderes Legislativo e Executivo, mostrava-se incapaz de impedir o surgimento de regimes totalitários causadores das repetidas violações a direitos fundamentais. Nasce, assim, um movimento para reconstruir os alicerces do Direito Constitucional²² e a internacionalização daqueles direitos iniciada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948²³.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, [sd], p. 121.

¹⁹ *Idem* - **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 115.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 61-62.

²¹ NOVELINO, Marcelo - **Curso de direito constitucional**. 11.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52.

²² BARROSO, Luiz Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. [Em Linha]. [Consult. em 6 Out. 2015]. Disponível em http://www.luizrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

²³ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 183-184.

O novo modelo traz a primazia da dignidade da pessoa humana²⁴. Preconiza que esse valor deve ser protegido e promovido pelos Poderes Públicos e pela sociedade²⁵. Reconhece-se a força normativa das constituições²⁶. Seus preceitos saem da condição de "catálogo de competências" e de "recomendações políticas e morais", para normas vinculantes, conformadoras da realidade.

Altera-se a forma de se analisar o texto constitucional e os direitos nele previstos²⁷. A supremacia constitucional representa que todos são submissos ao Direito, incluindo o Estado, ou seja, a Constituição, como texto máximo do ordenamento jurídico, traz regras que delimitam a eficácia, a competência e a validade. Assenta-se que os direitos contidos na Constituição são essenciais, como se observa da lição de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais configuram-se direitos ou posições jurídicas subjetivas dos indivíduos como tais, singularmente ou coletivamente, presentes nas Constituições formal ou materialmente²⁸.

Impõe-se a confrontação de todo o ordenamento jurídico com a Constituição, para que os fundamentos jurídicos derivem ou retroajam ao texto constitucional, como fenômeno

²⁴ "[...] o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano." CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - A dignidade da pessoa humana: princípio dos princípios constitucionais. In **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

²⁵ STEINMETZ, Wilson - **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

²⁶ Destaca Luís Roberto Barroso que "Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição" BARROSO, Luiz Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. [Em linha]. [Consult. em 6 Out. 2015]. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa." MIRANDA, Jorge - O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais. **Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2018]. Disponível em http://www.cjlp.org/principio_eficacia_juridica_direitos_fundamentais.html

²⁷ "Com a supremacia axiológica da lei fundamental e o novo *status* assumido pelas normas constitucionais, deriva um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais por ela veiculados, em um processo de constitucionalização do Direito. Abrange a posição de centralidade assumida pelos direitos fundamentais no sistema jurídico, com reconhecimento de sua dimensão objetiva, instituindo uma ordem de valores e irradiando a sua normatividade por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do direito e vinculando a atuação dos Poderes Públicos." MOURA, Emerson Affonso da Costa – Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: a Garantia dos Pressupostos Essenciais ao Processo Democrático pelas Cortes Constitucionais. **Revista de Direito Público**. [sl]: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP, p. 12.

²⁸ MIRANDA, Jorge - Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. **Revista Española de Derecho Constitucional**. [sl]: Ano 6, nº 18 (Scpliembre-Didembre 1986), p. 107.

de constitucionalização do Direito enquanto expressão da interpretação conforme a constituição.

Declara José Joaquim Gomes Canotilho que a constitucionalização representa especial proteção aos direitos fundamentais, pelo controle judicial de constitucionalidade de seus atos normativos reguladores. Assevera que, "Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados, como *normas jurídicas* vinculativas e não como trechos ostentadores ao jeito das grandes 'declarações de direitos'"²⁹.

Assim, a constitucionalização representa o efeito expansivo das normas previstas nas constituições, "cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico"³⁰ e garante a proteção efetiva do indivíduo e dos direitos fundamentais.

Atualmente, a constitucionalização dos direitos sociais e econômicos é uma realidade presente e generalizada nas constituições de países ocidentais em sua grande maioria³¹, citando como exemplo Portugal e o Brasil³². Em referência à constitucionalização do Direito do Trabalho, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que a Constituição portuguesa erigiu o trabalho, bem como os direitos dos trabalhadores e, ainda, a intervenção democrática dos trabalhadores, em elementos constitutivos da ordem social global, sendo instrumento destacado de concretização da Democracia social e econômica³³.

Acrescenta Tereza Alexandra Coelho Moreira que, para muito além dos direitos específicos da relação trabalhista, existem os fundamentais constitucionalmente consagrados que não são especificamente laborais; contudo, podem ser exercidos por quaisquer dos integrantes da relação, passando a ter conteúdo ou dimensão laboral³⁴. Representa uma outra visão da constitucionalização do Direito Social do Trabalho e que se refere ao trabalhador como cidadão e aos direitos de cidadania como marco da relação empregatícia³⁵.

Abdon Pedrajas Moreno pondera que:

"Deve-se distinguir entre direitos fundamentais cuja finalidade típica se produz no seio de uma relação de trabalho - os direitos laborais - e os direitos que são inerentes a toda a pessoa em cujo reconhecimento e exercício se pode produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo, como quando este se insere

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 376.

³⁰ BARROSO, Luiz Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. [Em Linha]. [Consult. em 6 Out. 2015]. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

³¹ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho - **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra: Coimbra, p. 41.

³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - A dignidade da pessoa humana: princípio dos princípios constitucionais. **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. p 137.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. p. 344-345.

³⁴ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho - **Op. Cit.** p. 41.

³⁵ *Idem - Ibidem*.

numa relação laboral. São direitos inseparáveis da pessoa, pelo que o 'indivíduo-cidadão' leva-os sempre consigo, podendo exercitá-los ou reclamar o seu respeito em qualquer momento e ocasião, incluindo, desde logo, durante o desenvolvimento de uma relação de trabalho. Quanto a estes são os que o trabalhador detinha, pela sua condição de pessoa, antes de constituir-se a relação laboral e que continuará a ter durante esta: o direito à vida, à física e moral, a imagem, a liberdade religiosa e ideológica, a honra, a intimidade. Estes direitos constituem direitos inerentes à condição de pessoa, com independência de que seja ou não trabalhador."³⁶

Estão intrinsecamente ligadas as noções jusfundamentais, como expressão de concretude da dignidade da pessoa humana, de constituição e dos valores de liberdade, legitimidade e justiça, representando condição de legitimidade e existência de um real Estado Social e Democrático³⁷ de Direito.

Para o presente estudo, interessa, de modo especial, a atual fase em que se aceitam os direitos fundamentais dos sujeitos da relação de emprego, quer sejam diretamente laborais, quer sejam de sua condição de cidadão e/ou empregador enquanto pessoa individual ou coletiva sujeito de direitos.

1.2. CONCEITO E PECULIARIDADES

A conceituação de direito fundamental³⁸ representa a leitura constitucional de cada país sobre o tema, bem como as escolhas expressas e implícitas feitas pelo constituinte

³⁶ MORENO, Abdon Pedrajas - **Despido y derechos fundamentales - estudios de la presunción de inocencia**. Madrid: Editora Trotta, 1992. ISBN: 9788487699467, p. 12.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho - **Constituição da República e direito fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017. Versão digital: LTr 9163.7. ISBN 978-85-361-9279-6, p. 45.

³⁸ Inicialmente, faz-se necessária a distinção para uma melhor precisão terminológica do direito fundamental dos outros termos mais comumente utilizados como sinônimos. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os "direitos do homem" são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, sendo os direitos fundamentais direitos dos homens jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Já a expressão direitos dos cidadãos traz o homem enquanto ser social, vivendo em sociedade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393-394. "São considerados humanos (e intrinsecamente fundamentais) aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos de tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matiz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução cultural. [...] Fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos reconhecidos pela ordem jurídica, podendo projetar-se para além do raio de abrangência dos direitos básicos a que se atribui contornos cosmopolitas, vale dizer, que se encontram sedimentados no âmbito da sociedade internacional. Em alguns casos, estão funcionalmente vocacionados à proteção do ser humano. [...] podem ser estabelecidos tanto pela Constituição como pela lei. [...] tem sido voz corrente que os direitos fundamentais se manifestarão, normalmente, sob forma de princípios jurídicos [...] Em alguns casos refletirão verdadeiras regras [...]" GARCIA, Emerson - **Op. Cit.** p. 18-19. Para um aprofundamento sobre o tema vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393 e ss.

histórico³⁹; sem, todavia, esquecer-se da construção e reconstrução permanente operadas pela doutrina e jurisprudência e dos ajustes realizados pelas reformas constitucionais.

Para Jorge Bacelar Gouveia, "os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional"⁴⁰. Acrescenta que dessa definição se extraem os elementos: *subjetivo* - os titulares do direito que podem ser exercidos em contraponto ao Estado-Poder; *objetivo* - a abertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objetos e aos conteúdos protegidos por todo direito fundamental; e *formal* - a consagração dessas posições de vantagens ao nível constitucional, ordem suprema do arcabouço jurídico⁴¹.

Jorge Miranda entende por direitos fundamentais "as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, [...], assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*."⁴².

Emerson Garcia leciona que fundamentais são os direitos positivados na ordem jurídica, "podendo projetar-se para além do raio de abrangência dos direitos básicos a que se atribui contornos cosmopolitas, vale dizer, que se encontram sedimentados no âmbito da sociedade internacional."⁴³.

Segundo Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais são o resultado da fundamentabilidade formal e da substancial. A formal⁴⁴ refere-se à posição no vértice da estrutura de um ordenamento jurídico, servindo como vinculação e limite dos Poderes

³⁹ "É assim que surge a ideia de que o texto constitucional não chamou 'direitos fundamentais' a quaisquer posições subjetivas de um modo arbitrário, antes o determinou com base no critério racional, que explica as escolhas feitas e justifica outras que não foram feitas". GOUVEIA, Jorge Barcelar - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Revista Direito UFMS. Campo Grande: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Ano 2015, Ed. Especial, (Jan/Jun 2015), p. p. 37.

⁴⁰ GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 918.

⁴¹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 919.

⁴² MIRANDA, Jorge - Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. p. 107.

⁴³ GARCIA, Emerson - **Op. Cit.** p. 20.

⁴⁴ "O que se costuma chamar de fundamentalidade em sentido formal, que se soma à dimensão material, é precisamente o regime jurídico reforçado de proteção assegurado por ter terminada ordem jurídica, que tem por escopo assegurar que determinada demanda, por mais relevante que seja para pessoa humana, possa, pela ausência de um conjunto de garantias, não passar de uma diretriz moral e política destituída de valor vinculante e cogente. O rótulo *fundamentalidade formal*, portanto, encontra-se associado ao conjunto de prerrogativas asseguradas (de modo explícito ou implícito) por determinada ordem jurídica e consiste no particular regime jurídico que um direito (tomamos aqui o termo em sentido amplo) tem no âmbito da arquitetura constitucional de um estado ou mesmo - embora de maneira não igual em toda sua extensão - na ordem jurídica internacional." SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 52.

Legislativo, Executivo e Judiciário⁴⁵, ao passo que a substancial representa o suporte para as decisões tomadas sobre a estrutura normativa mínima para o Estado e para a sociedade⁴⁶.

O direito fundamental no pós-Segunda Guerra Mundial passou a reunir tanto a condição de direitos constitucionalmente previstos, quanto a de um arcabouço de garantias (processuais e/ou materiais) que assegurem um regime jurídico particular e qualificado, no sentido de especial e mais robusto que o ofertado ao regime previsto comumente para as demais disposições constitucionais⁴⁷. José Joaquim Gomes Canotilho faz referência expressa, ao dizer que a Constituição lusitana resguarda especialmente a dignidade e a proteção dos direitos tanto no sentido formal quanto no material⁴⁸.

Os direitos fundamentais foram, assim como os demais direitos, fruto de uma longa consolidação sociopolítica, podendo dividir-se em dimensões⁴⁹ conforme a antecedência de seu reconhecimento⁵⁰. Surgiram pela ideia de complementariedade⁵¹. A primeira dimensão

⁴⁵ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 5ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 520.

⁴⁶ ALEXY, Robert - **Op. Cit.** p. 522. Robert Alexy faz ainda menção ao modelo puramente procedimental no qual "[...] a constituição contém apenas normas de organização e procedimento [...] a esse modelo corresponde uma teoria de direitos fundamentais segundo a qual direitos fundamentais não tem nenhuma força vinculante em face do legislador; o legislador teria, portanto, a competência para restringir os conforme sua vontade, por mais que a forma dessa restrição seja previamente definida." *Idem* - **Op. Cit.** p. 521.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 53.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. p. 509. É importante destacar que a Constituição do Brasil não prevê expressamente uma garantia de núcleo essencial, tampouco uma ação constitucional exclusiva para a defesa dos direitos fundamentais perante Tribunal Constitucional, tendo em vista, inclusive, que o modelo de brasileiro é controverso quanto a existência ou não de um Tribunal Constitucional.

⁴⁹ "Ao analisar os direitos fundamentais, Karel Vasak idealizou a teoria das gerações de direitos. Ele se inspirou na bandeira francesa para desenvolver a sua teoria. A liberdade é representada pela cor azul; a igualdade, pela branca; e a fraternidade, pela vermelha. [...] a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948." MARTINS, Rosemiro dos Reis - Direitos fundamentais: o princípio da vedação do retrocesso e a perda da soberania nacional. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. ISSN 1980-7791. 2015, Vol.10, n.º 3 (2º quadrimestre 2015), p. 1507.

⁵⁰ GARCIA, Emerson - **Op. Cit.** p. 20.

⁵¹ "Fala-se em dimensões, não em gerações, pela singela razão de os direitos subsequentes não 'substituírem' os antecedentes, afastando a sua existência ou, mesmo, a sua importância. Os direitos fundamentais não são como as folhas de uma árvore, que atingem seu apogeu, secam e caem, perdendo a sua funcionalidade e sendo sucedidas por outras tão logo chegue a estação propícia. Em verdade, os direitos reconhecidos em determinado momento histórico servem de base ao reconhecimento de novos direitos, que se agregam aos originários e fortalecem a posição jurídica individual, processo que permanece inacabado até o dia em que sejam alcançadas a realização e a felicidade plena do indivíduo. É recorrente a concepção de que essas dimensões acompanham o ideário político da Revolução francesa, sintetizado na referência a '*liberdade, igualdade e fraternidade*'". GARCIA, Emerson – **Op. Cit.** p. 21.

representa direitos de liberdade - de defesa e atuação negativa estatal⁵²; a segunda, direitos sociais, culturais e econômicos de cunho prestacional social e de atuação positiva estatal⁵³; a terceira, de titularidade difusa ou coletiva e de solidariedade⁵⁴; a quarta, direitos à democracia, ao pluralismo e à informação⁵⁵; a quinta, o reconhecimento do direito à paz⁵⁶, além de outras que surgiram depois, mas de menor importância ao trabalho.

Os direitos fundamentais têm como características mais importantes: a fundamentalidade – na qual se reconhece que estes são a base valorativa que congrega um plano normativo superior às demais leis; a universalidade - valem para todos, em qualquer lugar e a qualquer tempo⁵⁷; a inalienabilidade e a imprescritibilidade - os direitos fundamentais não caducam e são alienáveis, pois são indisponíveis, assim como não se perdem no decorrer do tempo, sendo imprescritíveis; a indivisibilidade - os direitos fundamentais compõem um único conjunto de direitos ou mesmo gênero de direito, levando ao tratamento das dimensões de forma igualitária e sem a possibilidade de ser analisada de forma isolada; a historicidade - representam a evolução histórica da humanidade; a inexauribilidade - por serem conquistas históricas não formam um elenco taxativo, não se esgotam, aparecendo novos direitos a cada avanço da sociedade; a positividade - retrata a imperiosa necessidade de inserção dos direitos fundamentais nos textos jurídicos dos Estados - constituições⁵⁸, especificamente positivados no texto da Constituição, ocupando o cume da hierarquia das normas, ante a sua importância; a complementariedade e a vinculatividade - os direitos fundamentais completam-se e ajustam-se, para que um não suplante o outro⁵⁹. Os direitos fundamentais são aplicáveis, de forma proporcional e razoável, vinculando a todos -

⁵² BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. ISBN 978-85-7420-886-2, p. 562; SARLET, Ingo Wolfgang - **Op. Cit.** p. 48.

⁵³ BONAVIDES - **Op. Cit.** p. 564 e ss.

⁵⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 569-570.

⁵⁵ "São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece inclinar-se no plano de todas as relações de convivência". BONAVIDES - **Op. Cit.** p. 571.

⁵⁶ "O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas. [...] Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta geração". BONAVIDES - **Op. Cit.** p. 580.

⁵⁷ Importante destacar a ressalva feita por alguns autores, em destaque Gilmar Mendes ao dizer que "não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo." MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. - **Curso de direito constitucional**. 3ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

⁵⁸ MARTINS, Rosemiro dos Reis - Direitos fundamentais: o princípio da vedação do retrocesso e a perda da soberania nacional. p. 1509-1510.

⁵⁹ *Idem* - **Ibidem**.

particulares e Poderes Públicos; a aplicação imediata; e, por fim, a relatividade - nenhum direito fundamental é absoluto.

É importante, ainda, destacar a cláusula denominada de abertura material dos direitos fundamentais para a qual estes direitos não são apenas os expressamente consagrados nos textos das Constituições formais. Também são formados pelo conjunto material fundamental constante das normas de hierarquia superior, como os tratados internacionais, ou em normas inferiores, como as leis⁶⁰. Em Portugal, a referida cláusula está prevista no artigo 18.º, n.º 1, Constituição da República Portuguesa (CRP)⁶¹, e no Brasil, no artigo 5.º, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF)⁶².

Desse modo, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos essenciais para qualquer pessoa, reconhecidos e positivados nos textos constitucionais de um determinado país ou implicitamente considerados⁶³.

1.3. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria sobre os direitos fundamentais encontra-se bem desenvolvida, tendo como seus principais expoentes internacionais Robert Alexy e Ronald Dworkin. Sua eficácia e sua

⁶⁰ MIRANDA, Jorge - Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. p. 107.

⁶¹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa/1976, 02 de Abril de - "**Artigo 16.º** Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem." Destacou-se.

⁶² BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil/1978, 05 de Outubro de - "**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Destacou-se.

⁶³ "[...] Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram por seu conteúdo e importância, integrados - de modo expreso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (artigo 5º, § 2º, CF) - à Constituição formal e/ou material, além, de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime qualificado e reforçado". SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 55-56.

aplicação imediata frente ao Estado não são questionáveis. Entretanto, a horizontalização⁶⁴ merece sempre considerações pormenorizadas⁶⁵.

As Constituições Portuguesa e Brasileira preveem que os direitos fundamentais são inerentes ao indivíduo e detentores da máxima efetividade⁶⁶. Como faceta dessa efetiva atuação e/ou desempenho, está a eficácia⁶⁷ nas relações jurídicas entre particulares/horizontal dos direitos fundamentais⁶⁸, sendo expressamente prevista no artigo 18º, n.º 1, da CRP⁶⁹.

⁶⁴ Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o uso de qualquer das expressões: "nas relações (jurídicas) entre particulares", "nas relações (jurídicas) entre cidadãos", "nas relações (jurídicas) privadas", "nas relações (jurídicas) interprivadas" e "na ordem jurídico-civil" é correto se acompanhado de definição de precisão. Contudo, entende mais apropriado "nas relações (jurídicas) entre particulares" e "nas relações (jurídicas) interprivadas" para explicar a eficácia horizontal. SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 392 e ss.

⁶⁵ Ilustrando a problemática Jorge Miranda adverte que a horizontalização dos direitos fundamentais não é equacionamento simples pelos seguintes motivos: a) apresenta-se irreduzível a diferença de posições e de modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas; b) não é mero conceitualismo recordar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado, é um dado de experiência; c) a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias, repercute necessariamente no terreno direito privado e exige uma análise interdisciplinar; d) o princípio da autonomia privada, fundamental nos sistemas jurídicos romanísticos (e também no *common law*), pode e deve ser limitado, em contrapartida - sob pena de ser vulnerável no seu conteúdo essencial - vai condicionar em larga medida aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas; e) importa garantir os direitos fundamentais das pessoas no interior das instituições e grupos privados também importante preservar a autonomia dessas instituições perante o Estado. MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 336-337.

⁶⁶ “A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 180.

⁶⁷ Interessante a distinção feita por Virgílio Afonso da Silva entre eficácia das normas de direitos fundamentais, seus efeitos e sua aplicabilidade: “Não se pode confundir aptidão para produzir efeitos (*i.e.*, a eficácia) com os próprios efeitos, especialmente com a forma como esses efeitos se irradiam e em que tipo de relação isso ocorre. [...] decidir sobre aplicabilidade é decidir sobre uma conexão entre fatos e normas. Aplicabilidade [...] é conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia.” Segue o autor dizendo “Em resumo: (a) Quando se negam quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, *não se nega a eficácia* daqueles. [...] (b) Quando se sustenta que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, mas esses efeitos são indiretos, ou seja, por meio de uma mera reinterpretação do direito infraconstitucional, especialmente o direito privado, *não se nega a eficácia* [...] *nem sua produção de efeitos nas relações entre particulares*, mas nega-se uma aplicabilidade (= direta) dessas normas a essas relações. (c) Quando se sustenta que nas normas de direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação jurídica interprivados, pressupõe-se não somente que as normas [...] são eficazes, mas também que essa produção de efeitos é direta, *na aplicação das normas de direitos fundamentais*. Pode-se [...] *somente nesse caso*, falar em aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às reações entre particulares.” SILVA, Virgílio Afonso da – **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 55-56 e 59-60.

⁶⁸ “[...] tem-se como apropriado o uso da expressão ‘eficácia horizontal’, porque entende-se que horizontalidade da relação entre particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações [...] regidos [...] preponderantemente [...] pelo direito privado; (iii) [...] a autonomia privada [...] opera como princípio fundamental; e (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa é de competência exclusiva do Estado.” STEINMETZ, Wilson – **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. p. 58.

⁶⁹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa/1976, 02 de Abril de - **Artigo 18º** [...] **1.** “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Destacou-se.

Ultrapassa-se a concepção inicial de que os direitos fundamentais seriam oponíveis apenas perante o Estado⁷⁰, aceitando que, hodiernamente, suas normas contêm idênticos direitos de defesa em face de outros cidadãos e da legislação civil⁷¹, representado o que Robert Alexy denomina de “efeito perante terceiros” ou horizontal⁷², marcando nítida constitucionalização do direito privado, com relevância para o presente estudo, os direitos do trabalhador/empregado.

Os direitos fundamentais possuem “dupla vertente”⁷³ - subjetiva e objetiva⁷⁴ - e bidirecionalidade⁷⁵, e desconsiderá-las é retirar-lhes a orientação às relações individuais, o que importaria em inadequado esvaziamento da validade e serventia destes direitos. Nessa continuidade, Robert Alexy edifica que:

“Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e [...] têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a *um problema de construção*. A questão sobre *em que extensão* elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, *um problema de colisão*. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.”⁷⁶

⁷⁰ “Há direitos fundamentais que são unidirecionais, porque vinculam somente os poderes públicos [...] direitos da nacionalidade e dos direitos políticos [...]” STEINMETZ, Wilson – **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. p. 59.

⁷¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 524.

⁷² *Idem - Ibidem*.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

⁷⁴ “[...] perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual eles experimentam determinados valores que o estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 396. Complementando, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que “[...] a dimensão objetiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto o complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente as posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de <direitos> aos indivíduos. A dimensão objetiva reforçaria, assim, a imperatividade dos <direitos> individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade. [...] Porém, partindo de uma concepção do direito subjectivo que o não reduz a um reflexo do direito objectivo, pensamos que há, além disso, razões fortes para que, especialmente na matéria de direitos fundamentais, se autonomizem em todos os efeitos característicos da dimensão subjectiva, remetendo em consequência para uma dimensão objectiva em sentido estrito apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da categoria <direitos subjectivos>”. ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 115-116.

⁷⁵ “Dizer da eficácia entre particulares é dizer se certos direitos fundamentais são bidirecionais, ou seja, se além de vincularem os poderes públicos também vinculam os particulares.” STEINMETZ, Wilson – **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. p. 59.

⁷⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 528.

Existem três teorias a explicar os efeitos da horizontalização dos direitos fundamentais. A de objetivos indiretos - segundo a qual estes direitos interferem no direito privado através da integração, da fundamentação e da interpretação. A de efeitos diretos, na qual se sustenta a imediata incidência de direitos subjetivos nas relações privadas. E uma terceira, de efeitos mediatos por direitos em face do Estado. Para esta Robert Alexy escreve:

“[...] os efeitos na relação cidadão/cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos [...] o Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão. Essas violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas como intervenções estatais. Assim, para a solução do problema dos efeitos perante terceiros seria suficiente a concepção dos direitos fundamentais como direitos do status negativos contra o Estado”⁷⁷.

É ponto pacífico que as partes de uma relação privada são/podem ser possuidoras de direitos fundamentais. Corroborando com tal assertiva, leciona Jorge Miranda "não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si" ⁷⁸.

Ressalta Augusto César Leite de Carvalho que é clara a tendência, na doutrina e nos tribunais que exercem a jurisdição constitucional, em admitir a imediata eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas⁷⁹. Nesse sentido, inclusive, observe-se a decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil na qual se reconheceu que a violação de direitos dessa natureza ocorre também nas "relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado"⁸⁰.

Destarte, a eficácia horizontal simboliza a supremacia constitucional e reflete a dimensão objetiva dos direitos em apreciação - aplicação imediata⁸¹. Representa que, na

⁷⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 530.

⁷⁸ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 338.

⁷⁹ CARVALHO, Augusto César Leite de – **Garantia de Indenidade no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 104.

⁸⁰ MENDES, Gilmar (relat.) - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil com o número 201819/RJ, de 27 de Outubro de 2006**. Diário de Justiça de 27 de Outubro de 2006, p. 64. O reconhecimento da eficácia horizontal no ordenamento jurídico português é despicienda tendo em vista o disposto no artigo 18.º da CRP, nesse sentido inclusive o Acórdão n.º 302/2001 do Tribunal Constitucional Português: "Independentemente da determinação de todo o seu sentido e alcance [...], o artigo 18.º, n.º 1, da Constituição consagra, entre nós, a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias, eficácia essa que se há-de necessariamente estender a certos princípios gerais de natureza garantística, que produzem "reflexos directos na questão dos direitos fundamentais", como o princípio da igualdade (Vasco Pereira da Silva, cit., p. 262) ou o princípio da proporcionalidade, pelo menos, através da intermediação do legislador." BRITO, Maria Helena (relat.) - **Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal com o número 302/2001**. DR n.º 257/2001, série II de 11/06/2001, p. 18309-18319.

⁸¹ Augusto Cesar Leite de Carvalho ao se referir as teses existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais ensina que "[...] defendem pontos de vista concorrentes: a) a modulação ou conversão do direito fundamental em

relação privada, os particulares sujeitam-se aos direitos fundamentais, subjugando-se a seus efeitos diante do pressuposto de que, embora tenham sido concebidos para defesa perante o Estado, podem ser exercidos em face de pessoas ou entes privados⁸².

Nas relações, quaisquer das partes é titular de direito. Caberá, portanto, ao Poder Judiciário assegurar a efetiva aplicação da norma nos casos a si submetidos. Notadamente, no que se refere aos direitos fundamentais nas relações entre particulares/privados, através do sopesamento e da proporcionalidade⁸³.

Nos casos concretos, utiliza-se da máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou concordância prática⁸⁴, a fim de achar a melhor resolução para o choque entre direitos fundamentais no sistema jurídico⁸⁵. A aplicação dos direitos fundamentais, da mesma forma em que nasce do princípio da dignidade da pessoa humana, também busca alcançá-lo, como obrigação de todos, abrangendo particulares e o Estado⁸⁶, servindo de justificativa para restrição de um deles em detrimento do outro, sempre na situação concreta.

É importante destacar que nos negócios jurídicos e demais atos jurídicos privados, a autonomia privada é princípio basilar e representa a possibilidade de determinação e

norma de direito civil, fazendo-o operativo por meio da sua irradiação sobre conceitos indeterminados ou cláusulas gerais de direito privado (eficácia mediata); b) a recondução à dialética liberdade-poder sem partir a ordem jurídica, pois se há um poder de grupo ou entidade privada dominante, em lugar do poder público, os direitos, liberdades e garantias devem valer de modo absoluto, à diferença do que ocorreria em relações paritárias (eficácia imediata)." CARVALHO, Augusto César Leite de – **Op. Cit.** p. 101.

⁸² *Idem* - **Op. Cit.** p. 93. No mesmo sentido, vide MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 336.

⁸³ "O princípio da proporcionalidade (também chamado de *princípio da proibição do excesso*) desdobra-se em três subprincípios: (a) *princípio da adequação* (também designado por *princípio da idoneidade*), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem relevar-se como meio adequado para a persecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) *princípio da exigibilidade* (também chamado *princípio da necessidade ou da indispensabilidade*), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não poderiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, que significa que os meios legais receptivo sem os fins obtidos deve situar-se numa <<justa medida>>, impedindo-se adoção de medidas legais restritivas desproporcionada, excessivas, em relação aos fins obtidos." CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 392-393.

⁸⁴ "[...] o equilíbrio, a concordância prática, se possível a realização simultânea dos direitos, liberdades e garantias, por um lado, e, por outro, da autonomia privada [...]" MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 338-339.

⁸⁵ A teoria da concordância prática ou sopesamento defendida por Robert Alexy não se apresenta como uma teoria de tudo ou nada. Ao contrário, trata-se de uma tarefa de harmonização. "Se dois princípios colidem[...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente dever ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção." ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93. "O princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos de conflito". ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 326.

⁸⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 112. No mesmo sentido, DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8495-1, p. 139.

vinculação de acordo com os próprios interesses. Portanto, a autonomia privada reflete a aplicação direta dos direitos fundamentais⁸⁷.

Estritamente na relação empregatícia, Maria do Rosário Palma Ramalho concebe que:

“A nosso ver, independentemente da posição adoptada quanto à questão geral de imposição dos direitos fundamentais aos vínculos jurídicos privados, a eficácia civil dos direitos fundamentais no domínio laboral e, designadamente, no contrato de trabalho deve ser reconhecida por uma razão estrutural, decorrente dos elementos que compõem o vínculo laboral, e que contribuem para tornar singular no panorama das relações de serviços - o elemento de poder e o elemento de pessoalidade. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais no domínio laboral justifica, justifica-se, em primeiro lugar, pelo componente de poder e inere ao vínculo de trabalho, como correspondente da situação de subordinação do trabalhador. Sendo elemento de poder ou de autoridade que justifica, genericamente, a imposição dos direitos fundamentais no âmbito do vínculo de natureza pública, justificar-se-á idêntica aplicação nos outros vínculos que contenham idêntica componentes da autoridade, de autoridade, uma vez que é invocação directa dos referidos direitos no contexto privado serve exatamente como limite aquele poder - é o argumento desenvolvido por José João Abrantes e que subscrevemos.

Mas a eficácia dos direitos fundamentais no contrato trabalho justifica-se também em função de uma característica do contrato [...] o grau de envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, que decorre da inseparabilidade entre a prestação laboral e a sua pessoa, que o torna particularmente vulnerável perante o empregador e que, por conseguinte, aumenta a probabilidade de violação dos direitos da personalidade desse ponto de vista. e também por força desta componente da personalidade do vínculo de trabalho que se impõe assegurar, como princípio geral, a regra de preservação dos direitos fundamentais que assistem ao trabalhador, e quando pessoa e cidadão, no contexto do seu contrato.”⁸⁸.

Logo, na relação laboral, quer advenha da leitura da autonomia privada, quer se admita como decorrente de poder ou advindo da inseparável condição do empregado - prestação de serviços e a pessoa humana do empregado -, quer proveniente do previsto no artigo 18.º, 1, da CRP, os direitos fundamentais têm eficácia horizontal sobre esse tipo especial de contrato.

1.4. A DIGNIDADE HUMANA E O ORDENAMENTO JURÍDICO DE PORTUGAL E DO BRASIL

O ideário da dignidade humana representa um exemplo de contingência histórica e cultural, que não se acha determinado em dimensão absoluta, uma vez que decorre da

⁸⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. p. 58.

⁸⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática geral**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 174-175.

evolução do processo civilizatório e da visão que o homem tem da sociedade, dos seus deveres e direitos, determinados pelo tempo e lugar⁸⁹.

O conceito de pessoa humana traz a noção de que todo indivíduo tem como natureza comum a condição humana dotada de racionalidade e consciência, expressando em que consiste sua igualdade. Tem como consequência a liberdade das escolhas de acordo com seus valores e presume a autonomia da pessoa, a sua autodeterminação frente às outras pessoas e, também, ao Estado⁹⁰.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, que qualifica o homem como tal, não sendo dele destacável⁹¹. É indissociável do ser humano, cujo respeito e proteção constituem objetivo permanente do Direito, da Sociedade e do Estado⁹².

Luís Roberto Barroso adverte que "A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo"⁹³, sendo possuidor de razão e capacidade de realizar escolhas morais e determinar o seu futuro (autodeterminação)⁹⁴.

⁸⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - A dignidade da pessoa humana: princípio dos princípios constitucionais. In **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. p. 141. Não é proposta da dissertação, respeitada a relevância da temática, traçar a evolução secularizada do conceito filosófico da dignidade da pessoa humana. Parte-se de seu significado tal qual é compreendido na atualidade, sobretudo quanto à sua condição jurídico-normativa. Para tanto vide NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3, p. 31 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p 33 e ss.; e BARROSO, Luís Roberto - **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 13 e ss. A dignidade da pessoa humana que importa e que será objeto de estudo é aquela que foi "atribuída a primazia jurídico-constitucional, a igual dignidade humana, enquanto estatuto universal reconhecido a todas as pessoas pelo fato de o serem, que é, em grande medida, uma novidade do segundo pós-guerra, quando o princípio concebido nesses termos foi recebido um documento de Direito Internacional de direitos humanos e nas Constituições nacionais". NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 37.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 221.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 52. e adverte o referido autor que a dignidade da pessoa humana é de tal sorte intrínseca do ser humano que "não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignamente". Acrescenta que "o atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como fosse um atributo físico!) e expressar ao seu valor absoluto, é que a dignidade todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração". *Idem* - **Op. Cit.** p. 52, 54-55. Em contraponto a esta afirmação encontramos o entendimento de São Tomás de Aquino que, "justificando a pena de morte, sustentava que o homem, ao delinquir, decai de sua dignidade, rebaixando-se à condição de besta". *Idem* - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 55.

⁹² *Idem* – **Op. Cit.** p. 31.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. p. 14.

⁹⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 61. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet cita decisão do Tribunal Constitucional da Espanha "inspirado igualmente na declaração universal, manifestou-se no sentido de que 'a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e

Acrescenta que a dignidade da pessoa humana é, antes, "um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta e à vida boa"⁹⁵, tendo seu nascedouro na Filosofia Moral e na Ética.

Muito embora o termo dignidade da pessoa humana tenha sido concorrentemente usado na linguagem comum e percorrido um longo trabalho de concretude, passando pela Religião, pela Filosofia e pelas ideias políticas, só passou aos textos constitucionais após a metade do século XX, com sua incorporação às Constituições aprovadas depois da Segunda Grande Guerra Mundial⁹⁶.

E isso decorreu da percepção de que os seres humanos tornaram-se supérfluos e descartáveis, vigia a lógica da eliminação, em que com crueldade se abolia o valor da pessoa humana, tornando imprescindível a reconstrução dos direitos humanos. Estes representam um paradigma ético com capacidade para restaurar a ideia do razoável⁹⁷.

No mesmo sentido, "A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana"⁹⁸. Nessa perspectiva, seguindo Hannah Arendt, a expressão maior do Direito é reconhecida como "o direito a ter direitos", ser sujeito de direitos - "o ser humano só pode exercer as virtudes de sua personalidade se lhe forem asseguradas condições de existência digna, no plano tanto material, quanto moral e cívico"⁹⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, já reconhece, em seu preâmbulo, a dignidade da pessoa humana como inerente aos membros de família de seres humanos e que seus direitos de igualdade e de inalienabilidade são o "fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". Consagra, em seu artigo 1º, o regramento de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade"¹⁰⁰.

responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais". SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 55.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. p. 61.

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 46-47.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia - **Op. Cit.** p.184.

⁹⁸ NOVELINO, Marcelo - **Op. Cit.** p. 52.

⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - **Op. Cit.** p. 141.

¹⁰⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

O ideário de dignidade humana inseriu-se no discurso político dos países vencedores do conflito, passando a ser *meta política* - a ser alcançada por todas as instituições, quer nacionais ou internacionais, a fim de resguardar o ser humano pela sua vulnerabilidade¹⁰¹. Nessa concepção, a pessoa torna-se o centro da pauta de valores, assumindo quatro vertentes:

- "- é a pessoa concreta e não indivíduo abstrato do Liberalismo oitocentista - a pessoa situada na História e não fora dela, vivendo no tempo e sentindo um conjunto de necessidades de ordenação social;
- é a pessoa solidária porque *homo homini persona* e não alguém geometricamente igualizado no cenário faticamente distorcido - a pessoa que está em relação com os outros, com um desejo constante de promoção social, em que o Direito está atento às desigualdades reais e não só da lei) através da consagração de direitos de natureza social;
- a *pessoa-fim* e não a pessoa-instrumento como nos transpersonalizamos, de direita e de esquerda, que o século XX infelizmente conheceu - a pessoa que se assume como a finalidade última do Direito e do Poder, que não pode ser secundarizada em nome de bens coletivos que espezinhem a sua dignidade elementar;
- é a *pessoa-essência* e não a pessoa-existência, *in fieri*, que se vai construindo ao sabor da vida e da história pessoal - a pessoa como ser humano, que postula sempre certos direitos, não se moldando ao sabor das conjunturas ou de evoluções da vida, mais ou menos ocasionais." ¹⁰²

Sob essa ótica, insere-se a dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais¹⁰³ de diversos países, com sua elevação à categoria de valor supremo de um ordenamento jurídico, sendo núcleo dos direitos fundamentais¹⁰⁴ e do Estado Democrático de Direito.

Jorge Reis Novais reforça que a dignidade da pessoa humana ganhou, assim, um reconhecimento de referência e de princípio universal perante a sociedade internacional e os países democráticos. Ressalta que tal fato pode ser comprovado pelas contínuas reproduções em muitos textos sobre Direitos Humanos no Direito Internacional¹⁰⁵.

A dignidade humana é tida como fundamento dos direitos de liberdade¹⁰⁶ e como valor central e principal de todo o ordenamento jurídico internacional, inspirando as Constituições editadas na segunda metade do século XX, que a incorporam como motivo do Estado Democrático de Direito.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. p. 61.

¹⁰² GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. p. 708-710.

¹⁰³ "No contexto da recepção constitucional do que o objecto a partir do segundo pós-guerra, e independentemente das diversas inspirações influências, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como algo radicalmente novo no Direito Constitucional." NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 53.

¹⁰⁴ "A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial". MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 216.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 51.

¹⁰⁶ "A dignidade humana como critério de fundamentação do Direito em geral, e dos direitos fundamentais em particular, parte das características da liberdade e da racionalidade da pessoa, antropológicamente sustentada numa inserção social garantindo o seu desenvolvimento pessoal". GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. p. 705.

A primeira Constituição do pós-guerra a consagrar expressamente foi a alemã, denominada de Lei Fundamental de Bonn, publicada em 1949. Previu, em seu artigo 1.º, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, cujo respeito e proteção é dever de toda autoridade estatal. Com base nessa regra, o Tribunal Constitucional Federal e os juristas alemães desenvolveram um arcabouço teórico que influenciou em julgamentos e escritos doutrinários em todo o mundo¹⁰⁷.

Foi nesse contexto e somado ao que dispõe o artigo II da referida Carta alemã - o qual garante a todas as pessoas o desenvolvimento livre de sua personalidade, contanto que não ofenda a direitos de terceiros, nem viole os preceitos constitucionais ou a moralidade - que se consagrou, através do citado Tribunal Constitucional Federal, a dignidade do indivíduo no topo do sistema constitucional, como um valor supremo, representando um bem absoluto, que influencia na interpretação de todos os outros dispositivos¹⁰⁸.

Vários textos políticos sucederam aos dois referidos. A Constituição portuguesa, em seu artigo 1º, versa que Portugal é uma República soberana, que se baseia na dignidade do ser humano. E acrescenta, no artigo 2º, que é um "Estado de Direito Democrático"¹⁰⁹. O Brasil proclamou, seguindo a tendência e influenciado pela Carta lusitana, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que prevê, em seu artigo 1º, inciso III, expressamente, a dignidade do ser humano como fundamento de seu "Estado Democrático de Direito"¹¹⁰.

Ao se referir à Constituição portuguesa, Jorge Reis Novais faz importante destaque ao dizer que:

"A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como vários outros princípios constitucionais, mas como base em que se assenta República, o que, mesmo sem ter um significado preciso imediatamente apreensível, há de ter, para afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevante e correspondentes há um lugar especial que ele foi reservado na Constituição. Assim, a concreta recepção constitucional de que foi objecto não pode ser reduzida a fato jurídico trivial, na medida em que a forma como a ideia é constitucionalmente assumida aponta para atribuição ao princípio de uma relevância especial. Como se percebe imediatamente, até pela própria inserção sistemática formal - a dignidade da pessoa humana vem consagrada no primeiro artigo da Constituição - , o princípio da dignidade da pessoa humana é elevado a qualidade de base ou alicerce em que assenta todo edifício constitucional e, portanto, é de algum modo, constitucionalmente reconhecidos como *princípio dos princípios*."¹¹¹

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. p. 21.

¹⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 51.

¹⁰⁹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 23.

¹¹⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, n.º 191 - A, (1988/10/05), p. 1-32.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 19/20.

A dignidade constitui-se como um "valor-guia"¹¹² de todo o ordenamento constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. Compreende, dentre outras, a função integrativa, servindo como fonte de interpretação constitucional e das normas infraconstitucionais. Impõe-se, ainda, que os legisladores observem os ditames da dignidade, a fim de que estas normas obedeçam às exigências do princípio na construção de uma ordem jurídica¹¹³.

A dignidade do ser humano é princípio axiológico fundamental¹¹⁴ e desempenha o papel de limite transcendente do constituinte, estabelecendo-se em um *metaprincípio*¹¹⁵. Surge positivada como princípio jurídico de *status* constitucional. Funciona como justificação moral e embasamento normativo aos direitos fundamentais.

A Constituição proporciona unidade¹¹⁶ de valor, de concordância prática, de sentido ao sistema jusfundamental, amparada na dignidade humana, entendida como a que faz do indivíduo fundamento e o fim da comunidade e do Estado¹¹⁷, devendo a organização política e a constitucional estarem orientadas para sua garantia e promoção¹¹⁸. A dignidade da pessoa tornou-se um epicentro do extenso catálogo de direitos políticos, sociais, civis, econômicos e culturais¹¹⁹, quer individualmente, quer na coletividade¹²⁰.

Assim sendo, os textos constitucionais contemporâneos reconhecem que a ideia e o princípio da dignidade da pessoa humana vêm associados ao simultâneo reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas de nível constitucional que se impõe igualmente a observância de terceiros e de todos os poderes do Estado¹²¹. A dignidade do ser

¹¹² MURARI, Marlon Marcelo - **Limites Constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1151-3, p. 39.

¹¹³ *Idem - Ibidem.*

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 222.

¹¹⁵ *Idem - Ibidem.*

¹¹⁶ *Idem - Op. Cit.* p. 219. No mesmo sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 97.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 219. No mesmo sentido "[...] a primazia é atribuída a pessoa, assumindo-se, nessa dimensão, enquanto fim e referência suprema da legitimação da organização jurídica e política estatal". NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 53; e "O princípio da dignidade da pessoa humana, como relevante manifestação material do princípio do Estado de Direito, significa, de um modo geral, que a pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito". GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. p. 704/705.

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 239.

¹¹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - **Op. Cit.** p. 136.

¹²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 97.; MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 219.; e CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - **Op. Cit.** p. 136.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. p. 67.

humano desenvolve-se, materializa-se e densifica-se especificamente por meio das normas de direitos fundamentais¹²².

A ideia de igual dignidade e de que o ser humano é a justificativa da existência do Estado fez com que as constituições consagrassem direitos fundamentais que assegurem juridicamente uma vida condigna respeitando a autonomia e a independência de todos os cidadãos¹²³. Nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro:

"O princípio da dignidade da pessoa humana [...] está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestação social."¹²⁴

A dignidade do ser humano ostenta o *status* de superprincípio¹²⁵, que deve conduzir as escolhas políticas do Estado. A unidade e legitimidade da ordem e do sistema estatal tem ingerência deste princípio, determinando que a interpretação, a aplicação e a concretização das demais normas jurídicas sejam realizadas à luz desta noção.

O postulado da dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento de Portugal e do Brasil como norma de princípio constitucional¹²⁶ - propósito axiológico da estrutura política¹²⁷, e espalha para a ordem jurídica um parâmetro de execução e interpretação obrigatório e que consagra ao máximo a efetividade de dignificação do homem, como constantes da cláusula supralegal¹²⁸.

¹²² *Idem - Ibidem*. Acrescenta Jorge Reis Novais que "Algumas Constituições reconhecem até expressamente essa ligação e, em sentido recíproco, mesmo quando a dignidade não vem expressamente acolhida nos textos constitucionais, a simples presença dos direitos fundamentais ou de uma declaração de direitos na Constituição conferem-lhe [...] o reconhecimento implícito que permite aos tribunais recorrer ao princípio como se diz norma constitucional expressa se tratasse". NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016. p. 67.

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I. p. 69.

¹²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - **Op. Cit.** p. 102.

¹²⁵ *Idem - Op. Cit.* p. 161 e ss.

¹²⁶ Carlos Roberto Siqueira Castro ressalta que "[...] O valor da dignidade humana em disposição constitucional qualificada como *norma de princípio*, e não como *regra de preceito*, impõe-se que o seu tratamento exegético leve em consideração, com as homenagens devidas, os predicados e virtualidades que credenciam e revestem as normas de natureza principiológica. É sob essa perspectiva - *norma de princípio fundante da ordem constitucional pátria* - que se há aplicar, nos mais variados contextos de disputa de interesses e pretensões jurídicas o princípio em referência". E, ainda, leciona que "Enquanto princípio de matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a consequente e radical eficácia os direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiam o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado." *Idem - Op. Cit.* p. 160-161 e 161.

¹²⁷ *Idem - Op. Cit.* p. 160.

¹²⁸ *Idem - Ibidem*.

A predileção destas constituições pela dignidade como norma¹²⁹ de princípio induz considerar, não só as Cartas Políticas, mas todo o ordenamento jurídico, como um sistema aberto por força dos eflúvios deontológicos irradiados pelas leis fundamentais. Convivem em regime de reciprocidade e de contínua interpelação recíproca, sendo normas cuja natureza é principiológica e preceptiva¹³⁰. As principiológicas têm como função "alegar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes axiológicos ao plano básico de previsão textual contida nas regras preceito"¹³¹.

No âmbito constitucional, a dignidade da pessoa humana preenche diversas funções que, segundo Jorge Bacelar Gouveia¹³², seriam a legitimadora¹³³, a positivadora¹³⁴, a integradora¹³⁵, a interpretativa¹³⁶ e a prospectiva¹³⁷.

¹²⁹ Cabe aqui fazer breve explanação sobre os conceitos utilizados de regras e princípios apenas para fins de conformação com termos utilizados no presente trabalho. Não há dúvidas as regras, quanto os princípios, enquanto espécies do gênero normas jurídicas, são mandados constringentes - comandos deontológicos providos de imperatividade. Robert Alexy ensina que: "[...] Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas [...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo [...]". Acrescenta que "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e práticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio." ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87 e 90-91. Far-se-á um estudo mais detalhado adiante.

¹³⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - **Op. Cit.** p. 162.

¹³¹ *Idem - Ibidem.*

¹³² GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. p. 712.

¹³³ "[...] que realça o seu papel de 'porta para eternidade', colocando o Direito Positivo sobre a alçada do direito Supra-Positivo, aí fundamentando as suas soluções materiais e, desse jeito, impedindo a sua livre disponibilidade, vedando o 'Não-Direito' (*Nicht-Recht*) ou o 'Torto', esse é o conteúdo que se afirma segundo uma concepção personalista - nem individualismo, como no tempo liberal, nem transpersonalismo, como os regimes totalitários de direita e de esquerda - do Direito, servido a pessoa humana concreta e socialmente situada" *Idem - Ibidem.*

¹³⁴ "[...] que espelha, apesar de seu caráter transcendente, como critério de consagração de direitos fundamentais, na ausência ou mesmo contra, se necessário, as normas de Direito Positivo, ultrapassando, portanto, uma mera noção filosófica ou valorativa, para penetrar na realidade histórica; a dignidade da pessoa humana é invocável como *fonte direta de alguns direitos fundamentais*, cuja violação a invalidade ou a ilegitimidade - consoante haja ou não reconhecimento positivo de tal critério - das novas infratoras; e isto, [...] simultaneamente numa dimensão positiva e negativa: positivo, quando veda certas condutas em detrimentos dessa mesma dignidade; [...]" *Idem - Op. Cit.* p. 712-713.

¹³⁵ "[...] que se coloca no plano suplementar da complementação dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais; e recurso ao princípio da dignidade da pessoa é possível para a invocação de outros tipos de direitos fundamentais que não tenham logrado obter consagração nesses catálogos assim dilatando o elenco dos mesmos; [...]" *Idem - Op. Cit.* p. 713.

Para Daniel Sarmento, as principais funções da dignidade do indivíduo são de: legitimar o Estado e o Direito; orientar a hermenêutica jurídica; dar diretriz para ponderação de interesses em choque; servir de critério de possibilidade de restrição de direitos fundamentais; ser parâmetro para o controle de constitucionalidade de atos estatais e particulares; servir de critério para reconhecimento destes direitos fundamentais; e ser fonte de direitos não expressos¹³⁸.

Dentre as diversas funções elencadas, merece especial destaque a interpretativa. "Como valor fundamental que é também princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais"¹³⁹. Irradia, pois, seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, necessitando de uma releitura dos preceitos e institutos. Representa um relevante papel hermenêutico, guiando todos os processos necessários para interpretar, aplicar e integrar o Direito.

É um importante critério para o sopesamento entre interesses, bens ou valores constitucionalmente em choque, recaindo um peso superior *prima facie* nos bens jurídicos que guarnecem maior salvaguarda e promoção da pessoa em sua dignidade¹⁴⁰. Possui, ainda, destacada relevância como motivo de restrição de direitos fundamentais pelo resguardo da dignidade humana de terceiros.

Daniel Sarmento¹⁴¹ ensina que, quando a utilização de um direito entra em colisão/choque com a dignidade da pessoa humana de um terceiro, sendo ou não os dois direitos fundamentais com conteúdo de dignidade, recorrer-se-á ao sopesamento de interesses para a solução do conflito, podendo ser feito pelo legislador ou pelo magistrado no caso concreto¹⁴².

¹³⁶ "[...] que se situa, não já no plano das fontes, mas não da determinação das respectivas regras, servindo a dignidade da pessoa de critério interpretativo auxiliar, perante hipóteses de incerteza hermenêutica, em que se registra uma carência acrescida de valoração; [...]" *Idem - Ibidem*.

¹³⁷ "[...] que se explica pelo facto de a dignidade humana, não sendo uma realidade estática, permitir a sua progressiva concretização, forçando o desenvolvimento do Ordenamento Jurídico no sentido de sua maximização, segundo as circunstâncias sociais e económicas, de acordo com a concepção temporalmente dependente". *Idem - Ibidem*.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77-89.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto - **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. p. 64.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel – **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 73-76.

¹⁴¹ *Idem* – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. p. 81-83.

¹⁴² Para maior aprofundamento sobre o tema vide: NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. II, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6346-1, p. 170 e ss.

Como função integradora e prospectiva¹⁴³, a dignidade humana é vital para a aceitação de outros direitos fundamentais não insertos em constituições. Representa a possibilidade de resguardar de ameaças e/ou graves lesões à dignidade de uma pessoa, nas situações das lacunas e/ou incompletudes no elenco de direitos fundamentais já consagrados¹⁴⁴.

Destaque-se que, em recente alteração legislativa, foi editado, em 2015, o novo Código de Processo Civil¹⁴⁵ no Brasil. O seu artigo 8º prevê que, quando da aplicação do ordenamento jurídico, caberá ao magistrado atentar para os fins sociais e para as exigências do bem comum, a fim de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e, para tanto, deve observar a legalidade, a publicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência. O dispositivo instrumentaliza, na legislação infraconstitucional brasileira, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto logo em seu artigo 1º, III.

Esse artigo representa a aplicação correta da norma jurídica através da proteção, não violação e promoção da dignidade da pessoa humana, ou seja, o Estado-juiz e os sujeitos do processo devem garantir o respeito à dignidade humana através do valor intrínseco de cada vida trazida ao processo. Também está inserta a dupla eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana: salvaguardar a pessoa de tentativa de coisificação (negativa) e obrigar o Estado a promover e efetivar a dignidade humana (positiva).

Desse modo, a dignidade da pessoa humana incorporou-se aos diversos textos internacionais e constitucionais como forma de proteger e promover a pessoa humana, atuando como fundamento e finalidade da sociedade e do Estado¹⁴⁶. Serve como balizador para criação e limite de novos direitos fundamentais, bem como para a restrição destes.

¹⁴³ GOUVEIA, Jorge Barcelar - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. p. 713.

¹⁴⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 84-85. No mesmo sentido, "[...] a dignidade é fundamento de posições jurídico-subjetivas e dela podem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados". SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 386.

¹⁴⁵ BRASIL. LEI nº. 13.105/2015. **Diário Oficial da União Seção I**, (2015/03/17).

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 219.

CAPÍTULO II

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A privacidade¹⁴⁷ é entendida por Warren e Brandeis como o "direito de que eles te deixem em paz ou o direito de ser esquecido"¹⁴⁸ e tem sido descrita como o mais completo dos direitos e o mais valorizado pelos homens civilizados¹⁴⁹. Atualmente, sua maior expressão advém do estado de tensão existente entre liberdade de expressão e de informação e o direito à vida privada/privacidade na era da informação e o uso da internet. Existem, no entanto, outras perspectivas que também englobam parcela da vida privada, como é o caso que se pretende analisar - possibilidade de exigir o acesso de dados criminais de um candidato ao emprego¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Importa destacar que o termo privacidade aqui utilizado é sinónimo da vida privada ou esfera privada e representa "todos os factos cujo conhecimento o respectivo titular tem, subjectivamente, o interesse em guardar para si, designadamente factos atinentes à sua vida profissional, ao seu domicílio ou aos seus hábitos de vida. A esfera privada é apenas relativamente protegida e, podendo ceder em caso de conflitos com outros direitos ou interesse público". DRAY, Guilherme Machado - **Direitos de personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56. E será protegida pelo arcabouço de direitos que garantem a vida reservada do indivíduo, como exemplo o direito a intimidade/privacidade, proteção de dados, autodeterminação informacional e direito ao esquecimento, dentre tantos outros. Várias são as denominações atribuídas a tal direito, sendo que "o direito anglo-norte-americano o denomina de *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be alone*, *private life* e, às vezes, *intimacy*; o francês de *droit à la vie privée*; o italiano de *diritto alla riservatezza*, *alla segretezza*, *intimità* ou *riserbo*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal*, *vida privada*, *intimidad personal*, *esfera reservada de la vida* ou *privacidad*. Existem, ainda, na Alemanha, as expressões *privatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) e *geheimnisphäre* (esfera secreta) e outras similares. E em Portugal duas expressões para esse fim são utilizadas: proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada. O Direito brasileiro, por sua vez, não alterando muito as denominações alienígenas, o denomina de direito à privacidade ou vida privada, direito ao resguardo, direito de estar só e direito ao recato." FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37. Justifica-se o uso do termo privacidade de não intimidade por ser a primeira um conceito legal mais amplo do que o segundo, "[...] pues en sí misma engloba un mayor número de facetas de la personalidad que, aunque consideradas aisladamente pudieran carecer de significación, entrelazadas conformarían un retrato de la personalidad del individuo." PORTAS, M^a Begoña López - La Configuración Jurídica Del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE. **UNED - Revista de Derecho Político**. [sl]n.º 93, maio-agosto 2015, p. 153-154. No mesmo sentido, "É possível afirmar que a privacidade é um conceito mais amplo que intimidade, uma vez que há actos da vida privada que não desaguardam na esfera da intimidade" BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 419.

¹⁴⁸ WARREN, S. D.; Brandeis, L. D. - The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Boston: Vol. IV, nº 5 (dezembro 1890), p. 213.

¹⁴⁹ PORTAS, M^a Begoña López - **Op. Cit.** p. 145. No mesmo sentido, "The EU data protection framework seems to have become the most important legal framework for addressing privacy concerns relating to online media." HOBOKEN, Joris van - **The proposed right to be forgotten seen from the perspective of our right to remember**. [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2018]. Disponível em http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf

¹⁵⁰ Faz-se importante delimitar que o presente trabalho não se presta a analisar os acessos a informações dos candidatos a empregos através de meios eletrónicos sem o conhecimento do empregado. Nem tampouco se alargará o estudo sobre a lei de proteção de dados tendo em vista que o objetivo é estudar a possibilidade ou não

São poucas as situações jurídicas que demonstram de melhor forma a dimensão histórica de um direito como o direito ao esquecimento. Como resultado, o direito de ser esquecido apresenta âmbitos e dinâmicas muito diferentes, dependendo do país e da tradição legal observada.

A compreensão do direito à vida privada e do direito à informação nos Estados Unidos¹⁵¹ e na Europa¹⁵², por exemplo, difere o suficiente para prever um maior desenvolvimento do direito ao esquecimento nos países do velho continente, que dará espaço para tensões e conflitos permanentes, como o mundialmente conhecido caso Google¹⁵³.

Não faltam julgados em que se demonstra que o direito ao esquecimento já era utilizado há muito tempo na concepção clássica espanhola de ter o passado esquecido ante a necessidade da reintegração social. Ele foi explorado em vários contextos legais e sob

de exigência da informação sobre o passado criminal do candidato a emprego e não as consequências a partir do acesso.

¹⁵¹ "The legal regime as regard data protection, online privacy and reputational infringements is really different in the U.S. Hence they start from a totally different background and legal reality. There is no general data protection law in the United States and for public data, the First Amendment weighs heavily. Furthermore, the U.S. legislature passed a law in 1996, the Communications Decency Act, that legally protects intermediaries from all liability for the postings of third parties (CDA, Section 230). This has resulted in some rather extreme cases of harmful content remaining online without a clear possibility for data subjects to address them." HOBOKEN, Joris van - **Op. Cit.** p. 6-7. No mesmo sentido, "La publicidad de los antecedentes penales en la cultura jurídica del common law en los Estados Unidos de América, país que pertenece al sistema jurídico del common law, la información sobre los antecedentes penales del individuo es accesible a cualquier persona que disponga de tiempo y recursos para encontrarla. Esto es así porque la política criminal norteamericana defiende que la ciudadanía debe poder obtener la información que haga falta para tomar decisiones —ejecutivas, empresariales, en el ámbito familiar o doméstico, etc.— acertadas. Por eso, en los Estados Unidos, es perfectamente legítimo que los empresarios y, en general, los ciudadanos, tengan acceso libre a los registros de antecedentes penales, aunque la finalidad del acceso sea para obtener suficientes datos para formar correctamente una opinión sobre un posible futuro niño, inquilino, conductor del autocar escolar, empleado, fiscal, político, etc. Además, también está aceptada la publicación de listas de personas condenadas en bases de datos y páginas web, tanto a nivel federal, estatal o local, aunque los antecedentes penales ya hayan sido cancelados⁸. Esta consideración —negativa— del olvido se desprende esencialmente de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a pesar de no reconocer de manera explícita un derecho constitucional de libre acceso ciudadano a los expedientes judiciales, ha asentado una doctrina favorable al mismo, partiendo de una doble fundamentación". SIMÓN CASTELLANO, Pere - **El régimen constitucional del derecho al olvido digital**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. Edição do Kindle - e-book, p. 1981-1996.

¹⁵² "En EE.UU., por el contrario, la amplia protección dada a la difusión libre de información y la concepción de la privacidad en su forma más restrictiva y vinculada al derecho de propiedad, hace más difícil cualquier restricción a la primera enmienda¹⁶. Dada la enorme influencia del derecho americano en el mundo, y en particular, en el desarrollo de la libertad de expresión, nos detendremos brevemente en dichos criterios." LETURIA I., Francisco J. - **Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo ou una respuesta típica a las colisiones entre ciertos fundamentos?** [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100005#n13

¹⁵³ Nesse julgamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o direito de serem esquecidos na internet e poderem solicitar aos motores de busca, como é o caso do Google, a desindexação de informações pessoais como forma de resguardar a proteção da pessoa singular pelo tratamento de seus dados pessoais. Para maior detalhamento, o acórdão está disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>

diferentes qualificações, tais como o direito de ter informações excluídas, o direito ao esquecimento e ao esquecimento social.

Vários Estados-Membros da União Europeia já possuíam leis de mídia que abarcam o direito ao esquecimento como uma restrição à legalidade da publicação sobre eventos históricos. Normalmente, esse direito é aplicável somente em contextos muito específicos e restringe a legalidade da publicação sobre condenados penalmente quando o interesse na reintegração supera os interesses da sociedade em ser informada sobre a história de indivíduos específicos e seu(s) registro(s)¹⁵⁴.

Joris van Hoboken cita como exemplo a situação da Alemanha, onde o direito ao esquecimento é "this right is informed by the interest of allowing convicted criminals to reintegrate into society; their names may not be mentioned in connection with the crime after their sentence. The right is based on a broad interpretation of the 'right to personality'"¹⁵⁵. O direito clássico de ser esquecido afeta a legalidade de divulgar o erro de alguém no passado.

O Tribunal Constitucional da Alemanha reconheceu, no "caso Lebach", a um condenado, em vias de sair da prisão, o resguardo para não transmissão de seu caso, de sua imagem e de suas tendências homossexuais em programa televisionado, tendo em vista que afetaria sua reinserção social¹⁵⁶.

A França tem uma ampla e histórica intensidade na proteção da vida privada/privacidade contra a liberdade de se expressar e hoje aceita o fator tempo como elemento importante para a utilização do direito ao esquecimento em variadas situações. Pode-se trazer à baila o caso da publicação da autobiografia de um famoso criminoso (Mesrine)¹⁵⁷, na qual uma ex-parceira apresenta reclamação, alegando que o texto é prejudicial à reintegração social da qual estava tendo êxito¹⁵⁸.

Francisco J. Leturia I. traz como exemplo clássico da França:

"Un caso aún más interesante se originó por la inclusión, en un juego de mesa tipo "trivia", de una pregunta sobre el nombre del médico que en su juventud había sido sorprendido robando un banco. La justicia acogió la petición de prohibición de venta y retiro del juego, rechazando el argumento de que los hechos ya publicados o los asuntos judiciales fueran por sí mismos noticiables en forma indefinida, agregando

¹⁵⁴ HOBOKEN, Joris van - **Op. Cit.** p. 3.

¹⁵⁵ *Idem - Ibidem.*

¹⁵⁶ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 10.

¹⁵⁷ *Idem - Op. Cit.* p. 3.

¹⁵⁸ *Idem - Ibidem.* Retrata Pere Simón Castellano que "Así, en Francia, el recuerdo constante de noticias y hechos pasados, cuando no está fundamentado en necesidades de la historia, y afecta la sensibilidad y el futuro de las personas, puede suponer un daño ilegítimo, incluso, si la información hace referencia a criminales que ya han cumplido con su condena y luchan por reintegrarse en la sociedad." SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op Cit.** p 1954-1965.

que el tiempo transcurrido había quitado el interés público a los hechos, por lo que ya no existía una necesidad social de contar con información sobre ellos."¹⁵⁹

No caso A. V. Noruega, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou que a forma pela qual a notícia foi divulgada induziria o leitor comum a suspeitar dele como criminoso¹⁶⁰. Na Itália, a decisão da Corte de Cassação, datada de 13 maio de 1958, n.º 1563, conhecida como o caso *Caruso*, já fez menção ao direito ao esquecimento.

Importante destacar a regra prevista no artigo 27º da Constituição da Itália, a qual traz que as penas não podem conter tratamento contrário ao senso de humanidade e visam à reeducação do condenado¹⁶¹, tendo, por isso, uma maior aceitação da necessidade de prevalência da vida privada como direito à ressocialização do ex-detento.

Da mesma forma, o artigo 25.2 da Constituição Espanhola estabelece o princípio constitucional geral relativo às penas, segundo o qual "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social". E fazendo remissão a tal artigo, Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros relembra o caso julgado pelo Tribunal Constitucional Espanhol que, na sentença n.º 174/1996, declarou que:

"no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho. Si, como es el caso, quien fuera condenado otrora ha obtenido la rehabilitación, [...] rehabilitación que extingue de modo definitivo todos los efectos de la pena [...], no se puede tomar en consideración su condena [...]. Otra solución chocaría frontalmente con el artículo 25.2 CE. y con la orientación que atribuye a las penas, cuya finalidad trascendente es la reinserción social"¹⁶²

Essas são apenas algumas das decisões¹⁶³ em que se discute, por um lado, o direito do indivíduo a viver sem interferências injustificadas que limitam seus direitos, sua autonomia e suas possibilidades de desenvolvimento e, por outro, a resistência que deve existir antes da exigência de limitar a liberdade de informação, dado seu papel fundamental em uma sociedade democrática, especialmente notória quando se refere a questões de interesse público, como é o caso dos registros criminais.

¹⁵⁹ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 3.

¹⁶⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 6.

¹⁶¹ ITÁLIA. CONSTITUIÇÃO da República Italiana: "Art. 27 A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva. **As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.** Não é admitida a pena de morte." ITÁLIA. CONSTITUIÇÃO da República Italiana: Costituizione Italiana edizione in lingua portoghese. Destacou-se.

¹⁶² BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **El derecho al olvido digital del pasado penal.** Sevilla: Universidad de Sevilla, 2018. 390 f. Tese de Doutoramento de Direito Constitucional, p. 247.

¹⁶³ Sobre as decisões mais importantes em matéria de direito ao esquecimento e internet vide: BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.**; SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 95 e ss.; ROSÁRIO, Pedro Trovão - O direito ser esquecido. **Revista do Direito.** Rio Grande do Sul: vol. 3, n. 53, (Set./Dez. 2017). p. 126 e ss.

Adverte Francisco J. Leturia I. que:

"En ese esquema, "memoria", "información" y "recuerdo" presentan una doble faz. Por un lado resultan fundamentales para el desarrollo individual y colectivo, pero al mismo tiempo puede también plantear aspectos negativos y provocar daños y restricciones a la vida social e individual de diverso tipo, perjudicando las posibilidades actuales por causa del pasado. Si el recuerdo de hechos pasados tuviera una cierta capacidad restrictiva, estigmatizante o limitadora para el desarrollo humano, la adopción de medidas que minimicen dichas consecuencias sería razonable, sin pretender afectar ni las comunicaciones estrictamente privadas ni el fuero interno."¹⁶⁴

Ao longo da história, o surgimento de certas modalidades de direito ao esquecimento esteve ligado ao progressivo valor da dignidade humana. Como exemplo, Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros cita que, desde 22 de fevereiro de 1813, a Cortes de Cádiz, ao mesmo tempo em que aboliu a Inquisição, decretou o desaparecimento de sambenitos que permaneciam pendurados e rotulados nas igrejas, para que a infâmia caísse sobre os condenados e suas famílias¹⁶⁵.

A centralização na dignidade da pessoa humana e a valorização e resguardo da personalidade após a segunda Guerra Mundial fizeram com que esses direitos passassem a elementos estruturais do sistema legal com disposições mais amplas, capazes de ponderar e equilibrar interesses conflitantes, como se observa no direito ao esquecimento do empregado de seu passado criminal e à informação pelo empregador.

2.2. CONCEITO

O direito ao esquecimento¹⁶⁶ não é novo e esteve presente de diferentes maneiras na jurisprudência e na doutrina comparadas. Tem sua raiz no direito penal espanhol e na necessidade de reinserção do condenado na sociedade, representando esta a faceta mais

¹⁶⁴ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 6.

¹⁶⁵ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **El derecho al olvido digital del pasado penal.** p. 244.

¹⁶⁶ "Direito ao esquecimento" ou "direito a ser esquecido" nas línguas portuguesas, também conhecido em inglês como "right to be forgotten", em espanhol, o "derecho al olvido", em francês, o "droit à l'oubli", em italiano, o "diritto all'oblio" e, em alemão, o "Recht auf Vergessenwerden". Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto concordam que o uso do termo "direito ao esquecimento" já se acha consagrado na jurisprudência e doutrina de diversos países. Contudo, fazem crítica ao termo utilizado asseverando que é marcado por enorme imprecisão e confusão conceitual. Afirmam que não se percebe com clareza a pretensão jurídica tutela e, nem tampouco, a dimensão das relações humanas que serão reguladas por esse instituto jurídico e sugerem como mais condizendo com o direito posto os termos: "direito de ser esquecido", "direito de não ser forçado a lembrar" ou "direito de silenciar eventos passados que não mais são pertinentes ao presente". SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 63-65. Na presente dissertação, utilizar-se-á direito ao esquecimento e de ser esquecido como sinônimos.

clássica vinculada a todos os registros criminais do ex-detento. Hodiernamente, o direito de ter esquecido o histórico judicial foi muito além do registro criminal¹⁶⁷.

E vai além¹⁶⁸, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que:

"A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social."¹⁶⁹

Francisco J. Leturia I. concebe o direito ao esquecimento como uma fórmula clara e educacional para legitimar as restrições à liberdade de informação e de expressão em benefício de outros direitos. Representa uma resposta natural a uma situação de conflito entre duas reivindicações incompatíveis¹⁷⁰.

A ideia do direito ao esquecimento evoluiu e hoje é reorganizada para ser um dos direitos (mas não o único) capazes de solucionar a tensão entre dois conjuntos de direitos e liberdades. Numa perspectiva, a gama de proteções que envolvem os direitos individuais pela divulgação de informações pessoais¹⁷¹ e, em sentido oposto, a premência de serem respeitados os interesses do restante da coletividade, especialmente pelos possíveis benefícios advindos do acesso às informações¹⁷².

Para fins deste trabalho, entender-se-á o direito ao esquecimento como a base legal que permite que certas informações do passado penal do ex-detento não sejam divulgadas através dos registros criminais quando forem capazes de causar mais danos do que benefícios¹⁷³.

¹⁶⁷ DE TERWANGNE, Cécile - **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. [Em linha]. [Consult. em 18/09/2015]. [Consult. em 18/09/2015]. Disponível em http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp.

¹⁶⁸ A esta altura é importante destacar que o direito ao esquecimento possui diversas vertentes, dentre elas a mais destacada é a digital. Contudo, o presente estudo se limitará a análise sem referência à internet direcionando aos registros criminais a serem recolhidos de forma legal e com autorização.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang - **Tema da moda, o direito ao esquecimento é anterior à internet**. [Em linha]. [Consult. 06 Set. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

¹⁷⁰ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 2.

¹⁷¹ Questões envolvendo a dignidade da pessoa humana e, em especial, ao presente trabalho, a vida privada consubstanciada na privacidade, na proteção de dados e na autodeterminação informativa.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 69.

¹⁷³ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 6. "El olvido digital se entiende como un derecho a controlar los datos personales propios que permitan el desarrollo del proyecto vital, amparándose en la dignidad humana, y que encuentra su fundamento en el derecho a la autodeterminación informativa, cuyo bien jurídico protegido sería más amplio que el bien jurídico protegido por el derecho a la protección de datos" PORTAS, M^a Begoña López - **Op. Cit.** p. 161.

Esse é o resultado do julgamento de valor que se pretende analisar na sequência desta dissertação, sendo o direito ao esquecimento uma forma de resolver os conflitos¹⁷⁴ que surgem na esfera de tensão entre direitos do pretense empregado, existentes face à exigência de certidão de registros criminais, e o direito à informação do empregador no processo de seleção.

2.3. NATUREZA JURÍDICA

O direito ao esquecimento abrange diversas vertentes e teorias que explicam sua fundamentação jurídica. As principais discussões referem-se à existência ou não de um direito autônomo, sendo configurado como direito ou ferramenta para defender outros direitos fundamentais ou, ainda, se proveniente da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de personalidade, da privacidade/intimidade, da proteção de dados, e/ou da autodeterminação informativa.

A despeito de não ser novo, os contornos reconhecidos ao direito ao esquecimento vêm ganhando proteção e alargamento para várias áreas do Direito. Ao presente trabalho interessa, de modo especial, a utilização do direito ao esquecimento como o capaz de solucionar o conflito de interesses existente entre o direito ao resguardo da vida privada¹⁷⁵ do candidato ao emprego e à propriedade (Brasil) e à liberdade de gestão empresarial (Portugal), representados os últimos no direito à informação sobre a vida privada de seus futuros empregados.

Destaque-se, também, que, não obstante os registros criminais sejam informações sobre os delinquentes, não se referem a fatos que poderiam ser de seu conhecimento exclusivo. Ao contrário, fazem parte das informações constantes dos bancos de dados dos sistemas ligados à administração da Justiça, policiais, judiciais e/ou prisionais, dentre outros, a depender do país. Porém, o que se pretende analisar é a possibilidade ou não de exigência de apresentação do registro criminal no processo de seleção para formação de contrato de emprego.

¹⁷⁴ "O direito ao 'esquecimento', portanto, representa uma forma de ser resolver alguns conflitos que surgem dentro do contexto em que tais esferas de direitos e liberdades se encontram tensionados". SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 69.

¹⁷⁵ É importante destacar que a abrangência da vida privada é muito maior que o direito à privacidade, proteção de dados e autodeterminação informática, sabendo que todos esses direitos resguardam também a vida privada, mas com pequenas diferenciações que no decorrer dessa dissertação serão examinadas.

A doutrina civilista entende o direito ao esquecimento como exteriorização de institutos da anistia¹⁷⁶, da prescrição aquisitiva e extintiva¹⁷⁷, da prescrição e do cancelamento dos antecedentes criminais¹⁷⁸ e do princípio da responsabilidade por culpa¹⁷⁹. Pere Simón Castellano afirma que "Amparándose, fundamentalmente, en este principio, que ocupa un lugar destacado entre los pilares y principios jurídicos propios de la tradición civilista, algunos autores han afirmado la existencia y vigencia de un derecho al olvido"¹⁸⁰.

Assim, para os civilistas o "el derecho al olvido puede encontrarse en el ordenamiento jurídico, y otorga al individuo mecanismos para evitar que su vida se vea condicionada por el recuerdo constante de hechos pasados que pueden hipotecar su futuro."¹⁸¹. O direito subjetivo ao esquecimento completa-se com o dever das outras pessoas de respeitar esse esquecimento.

Sustentam alguns que o direito a ser esquecido não encontra regramento próprio em Portugal, nem no Brasil, por não aceitarem que poderia existir o caráter autônomo a se alicerçar no postulado da dignidade da pessoa humana¹⁸², e o fato de não ser exaustivo o rol dos direitos da personalidade e na cláusula de abertura material¹⁸³ previstos nesses textos constitucionais. Para esses autores, seriam manifestações do direito de personalidade civil,

¹⁷⁶ Figura jurídica que atua como causa da extinção de responsabilidade penal e a consequente eliminação dos antecedentes criminais.

¹⁷⁷ "En gran medida, tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva, nos demuestran que el derecho tiene un tiempo para ejercitarse, y que cuando este se agota, se olvidan las acciones y las antiguas titularidades. De alguna manera, a través de la prescripción se procura adaptar el derecho al hecho, a la realidad, exigiendo que se olvide lo que durante mucho tiempo no ha encontrado la manera de realizarse." SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 1974-1981.

¹⁷⁸ "La prescripción de los antecedentes penales es también una manifestación del derecho al olvido. Con la cancelación de los antecedentes, que en España se realiza a instancia del interesado o de oficio cuando ha pasado un determinado tiempo establecido legalmente, se «olvidan», porque resulta imposible recordar formalmente las condenas penales, ya que después de su cancelación dejan de ser consultables y su acceso queda restringido de manera absoluta." *Idem* - **Op. Cit.** p. 2067-2074.

¹⁷⁹ "La referencia quebequesa es especialmente interesante por la peculiar posición del Quebec, donde el derecho privado sigue la tradición civilista mientras que el derecho público el common law. El recuerdo de acontecimientos pasados, cuando estos ya no responden a un interés público vigente, puede ocasionar un daño a la vida privada de terceros. En este sentido, la responsabilidad nacería con la conducta de difundir o permitir el acceso masivo a una información relativa a personas o hechos en los que estas aparecen; una información que en el pasado era de actualidad, y que con el paso del tiempo, se exige que recaiga en el olvido y el anonimato de los que nunca habrían querido salir y exponerse ante la tribuna pública". *Idem* - **Op. Cit.** p. 1936-1943.

¹⁸⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1931-1935.

¹⁸¹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 2112-2114.

¹⁸² PINHEIRO, Denise - **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. 287 f. Tese de Doutorado em Direito, p. 28.

¹⁸³ SANTOS, Fernanda Freire - **Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e derechos fundamentales da personalidade**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. 277 f. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional, p. 144.

representando uma faceta de um direito individual subjetivo¹⁸⁴, não sendo possível a extensão para reconhecimento como um direito fundamental¹⁸⁵.

Muito embora se concorde que o direito ao esquecimento não está inserto no corpo das normas constitucionais expressamente positivadas - em sentido formal -, Portugal e Brasil são países que possuem textos constitucionais fortes, com valores, princípios jurídicos e direitos fundamentais que inspiram todo o ordenamento jurídico, sendo modelos de Constituições abertas, as quais aceitam a criação de outros direitos fundamentais não expressamente previstos, mas amparados no "princípio dos princípios"¹⁸⁶, que é a dignidade do ser humano¹⁸⁷.

O ponto de partida é, portanto, verificar se o direito ao esquecimento é um direito fundamental material e/ou formal, reconhecido e protegido pelo prisma do direito internacional e como direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Em seu espectro material, o direito ao esquecimento tem relevância teórica e legitimadora, não por processo de positivação em texto constitucional, mas por "alguma dimensão da experiência humana que poderia ser, racionalmente, justificada e explicada como sendo indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico de qualquer indivíduo humano"¹⁸⁸. Justifica-se não apenas na conveniência e oportunidade, mas na necessidade de reconhecimento e proteção, ainda que implicitamente positivado na esfera do direito internacional ou na perspectiva interna de direito constitucional¹⁸⁹.

¹⁸⁴ SANTOS, Fernanda Freire - **Op. Cit.** p. 146 e ss.

¹⁸⁵ Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto fazem crítica a essa posição afirmando que "[...] é possível afirmar que as razões dos que (de modo mais isolado), refutam a possibilidade de reconhecer um direito fundamental ao esquecimento da ordem constitucional brasileira são frágeis. Em especial, não convence o argumento de que não poderia nem pela via de interpretação, já que os direitos de personalidade (no caso, a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem) não abarcam o esquecimento de fatos que dizem respeito ao interesse público, ainda mais em face da posição prioritária da liberdade de expressão e informação [...] Alias, chama a atenção que mesmo quem formulou a objeção acima referida acaba por admitir um campo de aplicação - embora sem caráter excepcional - para um direito ao esquecimento quando se trata de informações destituídas de qualquer interesse público." SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 123.

¹⁸⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - A dignidade da pessoa humana: princípio dos princípios constitucionais. **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** p. 161-162. No mesmo sentido, defende Pere Simón Castellano que o direito ao esquecimento é um bem jurídico protegido e decorrente da Constituição da Espanha. SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 2177.

¹⁸⁷ Antonio Rulli Júnior e Antonio Rulli Neto fundamentam o direito ao esquecimento na dignidade humana e na inviolabilidade pessoal (art. 5º, X, da CRFB e artigos 93 e 748, do Código de Processo Penal do Brasil). RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio - Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB.** Ano 1 (2012). p. 419-434. Lisboa. [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2017]. Disponível em http://www.idbfdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf. p. 425

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 33.

¹⁸⁹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 51.

De igual modo, sobre uma abordagem formal, o direito ao esquecimento pode advir da reconstrução interpretativa de uma leitura conjugada de uma série de preceitos constitucionais, pode decorrer expressamente de um direito constitucional específico, de um conjunto desses e/ou ser extraído do direito internacional sobre direitos humanos¹⁹⁰.

Logo, quer materialmente, quer formalmente, é um direito fundamental. Sua configuração jurídica envolve determinar os preceitos constitucionais aos quais ele pode ser vinculado, abrangendo também uma dimensão negativa, de restrição de direitos que facilitam o acesso e a circulação de informações para garantir o direito ao esquecimento¹⁹¹.

Cabe aqui ponderar que o presente estudo não abarcará o direito ao esquecimento previsto na Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016¹⁹², o qual uniformizou o direito aplicável no domínio de dados, sem que houvesse necessidade de intermediação legislativa local dos países membros, tendo em vista que se busca averiguar a possibilidade ou não de exigência dos dados criminais e não o direito de apagamento ou retificação dos dados pessoais e limitação do tratamento (art. 16º, do RGPD 2016/679, da União Europeia)¹⁹³.

Do mesmo modo, não é o caso de se aplicar a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016¹⁹⁴ - sobre amparo das pessoas individuais quanto ao manuseio e utilização de seus dados pessoais pelas autoridades para fins de investigação, prevenção, repressão ou detenção de infrações ou execução de penalidade criminais, e a liberdade na circulação dos dados, tendo em vista que essa diretiva trata das informações destinadas às autoridades públicas ou Estados pela prática ou suspeita de prática de crimes.

¹⁹⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 33. Importante destacar que atualmente com o regramento previsto nas Diretivas sobre Proteção de Dados da União Europeia, tornou-se pacífica a aceitação do direito ao esquecimento no plano internacional de direitos humanos. Contudo, como já destacado no item sobre a contextualização histórica, o direito em análise pode ser encontrado em julgado bem anteriores a essa data, essa foi inclusive a fala de Dário Moura Vicente em palestra "O direito ao esquecimento e a tutela da privacidade na Internet" proferida na Universidade de Brasília em 2017.

¹⁹¹ SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 1918-1922.

¹⁹² UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27 de Abril de 2016. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>

¹⁹³ O direito ao apagamento já era previsto no art. 12º, da Diretiva 95/46, da União Europeia. UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho em 24 de outubro de 1995. [Em linha]. [Consult. em 05 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>

¹⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Regulamento (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27 de Abril de 2016. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>

Há uma consonância na doutrina e na jurisprudência de que o direito ao esquecimento tem por finalidade o resguardo da vida privada em uma de suas expressões. Porém, os institutos em que se fundamenta e os direitos em que se inspira para o seu reconhecimento, é o que se pretende explorar nos próximos itens desta dissertação.

Dos fundamentos

Da dignidade da pessoa humana

Conquanto já tratada no item 1.4. da presente investigação, faz-se necessária a retomada do estudo sobre a dignidade da pessoa humana a fim de abranger uma visão mais detalhada sobre a interligação com os direitos de personalidade e sua possibilidade de ser fonte de outros direitos.

Apesar de a pessoa humana ter sua formação muito anterior ao direito¹⁹⁵, foi a partir da última metade do século XIX que começaram as primeiras teorias a respeito dos direitos da personalidade¹⁹⁶. A denominação foi concebida por jusnaturalistas alemães e franceses para abarcar alguns direitos do homem, reconhecidos como anteriores à aceitação pelo Estado¹⁹⁷. Representa a dimensão objetiva de personalidade jurídica caracterizada pela gama de particularidades próprias do indivíduo, salvaguardado pela ordem jurídica¹⁹⁸.

Carlos Alberto Bittar conceitua como sendo os direitos consagrados à pessoa em si mesma e suas projeções na sociedade, consagrados para defender valores inatos do ser humano, como a vida, a intimidade, a higidez física, a intelectualidade, a honra, e outros tantos¹⁹⁹.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 165.

¹⁹⁶ "Anteriormente, a proteção do indivíduo, do ser humano, estava associada ao direito civil, ao direito privado, ligada à propriedade, de modo que ele se protegia a pessoa, sujeito de direito, a fim de que, desse modo houvesse a devida a capacidade jurídica para defesa da propriedade. Os direitos da personalidade agiam, assim, como núcleo e egoístico de interesses patrimoniais." MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. ISBN: 978-85-362-6006-8. p. 67.

¹⁹⁷ RUGGIERO, Roberto de - **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Campinas: Booksellers, 1999, p. 275-276.

¹⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27. Aceita-se o ser humano, em sua essência, como titular de direitos intrínsecos a sua condição merecendo especial destaque os direitos da personalidade - direitos humanos fundamentais. CUPIS, Adriano de - **I diritti della personalità**. p. 18-19: Considerados direitos essenciais à condição humana, sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa.

¹⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto - **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed., rev., aum. e mod. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-20827-8, p. 1.

Percebe-se que os direitos da personalidade estão intimamente ligados à concepção de dignidade humana e, como tais, podem ser analisados em planos de eficácia diversos - horizontal (entre particulares) e vertical (eficácia vertical). Tanto a ordem jurídica portuguesa quanto a brasileira elevam a dignidade da pessoa humana a princípio essencial para todos os demais princípios, sendo todas as regras jurídicas ao mesmo tempo derivadas e norteadoras desse mesmo princípio fundamental²⁰⁰.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

"A dignidade da pessoa humana traduz-se numa ideia multidimensional, pois congrega várias e distintas facetas da existência humana. O que se percebe é que onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças."²⁰¹

Muito embora seja peculiar do ser humano, a dignidade da pessoa humana ajusta-se à realidade social em que está inserida a pessoa, aceitando influências e individualização. Essa individualização é essencial para se entender que pessoas diversas podem ser submetidas à mesma ocorrência fática, mas nem todas experimentam violação de sua dignidade. Desse modo, a dignidade da pessoa humana²⁰² é individual, ainda que multidimensional.

Frise-se que a percepção do imprescindível ao ser humano encontra variantes a depender da cultura e da História de cada civilização e as vivências de cada indivíduo. Sem rejeitar o caráter aberto da dignidade da pessoa humana, surge a premência de indicar os principais atributos que a compõem:

"[...] centraliza todo direito na pessoa humana, não mais como um dos elementos da relação jurídica, mas sim como o núcleo do ordenamento. Consequentemente, o direito contemporâneo reconhece a consciência, a individualidade, os sentimentos e os ideais da pessoa humana, ou seja, a sua dignidade."²⁰³

²⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson - Fundamentos, Limites de Transmissibilidade- Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: Vol. 8, n.º 31, 2005, p. 58.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 59.

²⁰² "[...] É o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural". SCHREIBER, Anderson – **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

²⁰³ ECHTERHOFF, Gisele - **O direito à privacidade dos dados genéticos**. [Em linha]. [Consult. 05 Abril 2017]. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁰⁴ ressaltam que a Constituição portuguesa, quando reuniu, num único artigo, nove direitos distintos, enfatiza aquilo que lhes confere caráter comum, ou seja, todos servem à proteção da parte nuclear das pessoas e de sua vida, abrangendo fundamentalmente os direitos designados pela doutrina como de personalidade, em última análise a promoção da dignidade da humana (art. 26.º, da CRP). De igual maneira, o artigo 5.º, X, da CF, salvaguarda a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana como valor fundamental das Constituições de Portugal e do Brasil é, pois, o elemento de unidade valorativa dos sistemas constitucionais²⁰⁵ e o ponto de partida, lógico e ontológico, para a admissão dos outros direitos²⁰⁶. Como valor jurídico, a dignidade resguarda o direito da pessoa de definir livremente seu projeto de vida sem que suas proteções constitucionais sejam descumpridas pelas atitudes de terceiros como com a exigência/divulgação de eventos ocorridos no passado²⁰⁷.

Do livre desenvolvimento da personalidade²⁰⁸

Paulo Mota Pinto reconhece que, fundado na garantia da dignidade da pessoa humana, o resguardo geral de personalidade serve como norte de interpretação para pontuar a força de proteção do direito fundamental em face de atos estatais²⁰⁹, e encontra fundamento na

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 461.

²⁰⁵ PINTO, Paulo Mota - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. p. 151. CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coordenador) - **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 151. No mesmo sentido, adverte Pere Simón Castellano que a dignidade da pessoa humana, muito embora não expressamente mencionada na Constituição Espanhola como valor superior, tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência, como se estivesse: "Estamos haciendo referencia, así, a un valor jurídico que inspira los derechos fundamentales y su correcta interpretación, garantizando, en todo caso, el derecho de cada persona a determinar libremente su vida —presente y futura— de manera consciente y responsable, y a obtener el correspondiente respeto por parte de los demás." SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 2200-2202.

²⁰⁶ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 192 e 194.

²⁰⁷ SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 2200-2202.

²⁰⁸ Paulo Mota Pinto faz referência a expressa designação desse direito fundamental no artigo 26., n.º 1, da Constituição Portuguesa e daartigo 2º, § 1º, Lei Fundamental alemã. Assenta que o direito geral de personalidade representa: "A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, como a base numa concepção 'do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (plastet ef ficator)' [...] Trata-se, antes, de algo que se *auto-institui* ou *constrói*, segundo o seu projecto, determinando a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo. [...] O desenvolvimento da personalidade livre ou completo, protegido por esse direito, é, na realidade, com salienta na doutrina constitucionalista, 'A designação geral encontrada tardiamente para autonomia do indivíduo que é garantida para áreas de proteção específica nos direitos de liberdade especiais', constituindo, assim, fundamento para um 'direito geral de liberdade' - o qual, com um cunho simultaneamente universal e individualista, e tal.com com os direitos fundamentais em geral, apenas se pôde impor a partir da Modernidade". PINTO, Paulo Mota - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. p. 150 e 152-153.

²⁰⁹ PINTO, Paulo Mota - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. p. 183.

Constituição da República Portuguesa no preceito referente ao "livre desenvolvimento da personalidade" (art. 26.º, 1., CRP)²¹⁰.

A liberdade de desenvolver a personalidade constitui-se em dupla dimensão: defesa da personalidade em geral - proteção da personalidade representada pela justificativa da individualidade, em seus diversos aspectos; e reconhecimento da liberdade de ação da pessoa, sendo raiz comum nessas dimensões a garantia de condições de surgimento de uma individualidade autônoma e livre²¹¹.

Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto afirmam que o direito ao esquecimento corresponde à premência de reconhecimento e proteção qualificada de "dimensão específica da dignidade humana e dos correspondentes direitos de personalidade, de modo particular, de um direito geral de personalidade ou, como preferem alguns, de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade."²¹² Destacam que a viabilidade e a capacidade de ser esquecido, bem como que a imprescindibilidade de salvaguarda e reconhecimento na qualidade de direito especial de personalidade (implícito ou não) representam:

"[...] condição *sine qua non* para - e daí a principal relação do ponto de vista normativo (moral e jurídico) com a dignidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade - o que se designou de um '*direito a um recomeço*' e/ou de um '*direito a se reinventar*', ou seja, a possibilidade de reformatar (reconstruir) a trajetória existencial pessoal (individual) e social, livre de determinadas amarras provocadas pela confrontação direta e permanente no tempo com aspectos relativos a memória."²¹³

Destarte, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade abarca uma série de direitos pessoais que servem de amparo para a admissão de um direito fundamental autônomo de personalidade que protege o direito pessoal de recomeçar uma trajetória sem que fatos do passado possam indiscriminadamente ser utilizados - direito ao esquecimento.

Do direito à reinserção social

Num primeiro momento, a pena aplicada possuía finalidade retributiva, tendo como único objetivo compensar o mal ocasionado com o crime. A penalidade aplicada era tida

²¹⁰ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa/1976, 02 de Abril de - "**Artigo 26.º** Outros direitos pessoais 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 proteção legal contra quaisquer formas de discriminação." Destacou-se.

²¹¹ PINTO, Paulo Mota - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. p. 163.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p.48.

²¹³ *Idem* - **Op. Cit.** p. 49.

como um aspecto de vingança. Com a mudança de mentalidade ocasionada pelas ideias iluministas, afastou-se esta ideologia de revanche para lhe dar um conteúdo mais positivo, passando a ter um caráter de prevenção²¹⁴.

O Direito Penal evoluiu, aceitando como finalidade das penas a exigência de garantir a continuidade da sociedade e dos seus interesses, abrangendo uma função "utilitária"²¹⁵ - prevenções especiais e gerais. As Constituições de Portugal e do Brasil não aceitam a pena de morte, como regra, acreditam, portanto, na capacidade de reinserir os ex-detentos na sociedade.

Atualmente, a finalidade da pena está disposta no artigo 40.º do Código Penal Português²¹⁶. No item n.º 1, prescreve-se que: "A aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade". Assim, as penas empregadas deverão resguardar a comunidade em sua manutenção e, ao mesmo tempo, reforçar a norma infringida, sem desconsiderar a necessidade de integração à sociedade após o cumprimento da penalidade.

A reinserção social é uma espécie de prevenção especial tida como positiva, visto que, ao atuar sobre o condenado para evitar que futuramente volte a delinquir, também abarca a necessidade de recolocar o ex-infrator na sociedade. E, nesse sentido, Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros²¹⁷ ressalta a importância do direito ao esquecimento dos ex-apanados para sua reinserção social e o livre desenvolvimento da personalidade, ambos visando o resguardo da dignidade humana.

Acrescenta a citada autora que não existe um direito ao esquecimento do passado penal, "sino concretas situaciones en las que el transcurso del tiempo produce la caducidad de sus efectos jurídicos. Entre ellas está la prescripción de la responsabilidad penal, que responde a la necesidad de garantizar la libertad y la reinserción social del individuo"²¹⁸.

²¹⁴ ALMEIDA, Angela - **Trabalhando para a reintegração social: O Contributo do Trabalho Prisional para a Reintegração Social**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. 60 f. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 5.

²¹⁵ SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral III. Teoria das Penas e Medidas de Segurança**. 2.ª Edição Rev. e Atual. Lisboa: Editorial Verbo, 2008, p. 30.

²¹⁶ PORTUGAL. CÓDIGO Penal. Decreto Lei n.º 48/95, de 15 de Março. [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis
"Artigo 40º Finalidades das penas e das medidas de segurança 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2 - Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3 - A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente." Destacou-se.

²¹⁷ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p.320-321.

²¹⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 344.

Por conseguinte, o direito ao esquecimento tem por esteio²¹⁹ inicial a dignidade da pessoa humana, sendo esta a cláusula de abertura para o reconhecimento daquele novo direito que visa resguardar a vida privada amparado no livre desenvolvimento da personalidade²²⁰ e na reinserção social²²¹, e representa o direito de recomeçar sua vida sem possibilidade de lembrar certos fatos do passado²²².

Assim, analisadas as normas constitucionais que o direito ao esquecimento tem como fundamento, passar-se-á ao estudo das figuras jurídicas que, embora também possam servir de inspiração, justificam a existência de um direito autônomo.

Do direito à intimidade/privacidade²²³

Sempre ocorreu ao longo da História a inquietude com a intimidade/privacidade. A própria Bíblia já traz a noção de que os primeiros humanos ficavam encabulados quando estavam diante de Deus após comer o produto da árvore proibida.

As antigas civilizações ou agrupamentos tinham reduzida ou quase nula a necessidade de proteger sua intimidade posto que conviviam em lugares públicos.

²¹⁹ Pedro Miguel dos Santos Bogas da Fonseca, em seu artigo sobre "A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol", faz críticas ao entendimento de Pere Simón Castellano afirmando que a Constituição da Espanha não contempla a dignidade como valor e, por isso, rechaça a possibilidade de o direito ao esquecimento advir da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade e acrescenta que: "tanto no direito à intimidade como no próprio direito à proteção de dados pessoais, encontramos subjacente um fim partilhado e comum, isto é, a defesa, proteção e garantia da dignidade da pessoa, bem como o livre desenvolvimento da personalidade, já que esse controlo e domínio exercido sobre os dados e informações pessoais implica uma esfera de atuação livre de qualquer impedimento, barreira, obstáculo ou censura.". Contudo, cabe lembrar que a análise foi feita com base na Constituição espanhola, as Constituições do Brasil e de Portugal são expressas quanto a ser a dignidade da pessoa humana a base dos demais direitos nelas previstos, sendo valor fundamental em Portugal (art. 1º) e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Portanto, as críticas feitas não servem como parâmetro para o presente trabalho. FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da - **A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol**. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>

²²⁰ SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 2173-2177.

²²¹ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 246.

²²² Pere Simón Castellano é um dos grandes defensores de que o direito ao esquecimento tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, mas também aceita a influência de outros bens jurídicos como a proteção da vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade. SIMÓN CASTELLANO, Pere - **Op. Cit.** p. 2146-2150. No mesmo sentido, RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio - **Op. Cit.** p. 425.; SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 70 e ss.

²²³ Importa destacar que o termo direito à privacidade aqui utilizado é sinônimo de intimidade no direito português e brasileiro. Já a vida privada ou esfera privada representa "todos os factos cujo conhecimento o respectivo titular tem, subjectivamente, o interesse em guardar para si, designadamente factos atinentes à sua vida profissional, ao seu domicílio ou aos seus hábitos de vida e algumas vezes também chamado de direito à privacidade, como já destacado acima. A esfera privada é apenas relativamente protegida e, podendo ceder em caso de conflitos com outros direitos ou interesse público". DRAY, Guilherme Machado - **Direitos de personalidade. Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho**. p. 56. E será protegida pela gama de direitos que guarnecem a vida reservada do indivíduo, como exemplo o direito a intimidade/privacidade, proteção de dados, autodeterminação informacional e direito ao esquecimento, dentre tantos outros.

Hodiernamente, a intimidade/privacidade consta do rol da Declaração dos Direitos Humanos da ONU como direito fundamental e "consiste na limitação de acesso às informações de um determinado indivíduo. É a preservação do anonimato e dos segredos. E o respeito ao direito de cada pessoa de se manter isolada ou afastada"²²⁴.

Da mesma forma, está previsto, na Carta de Direitos Humanos da União Europeia, em seu artigo 7º, que as pessoas têm direito à salvaguarda de vida privada e familiar, bem como o domicílio e suas comunicações²²⁵, e nas Cartas Políticas de Portugal e do Brasil (art. 26º, 1, e art. 5º, X, respectivamente).

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam que é difícil delinear divisória entre o que abarca a vida privada e familiar e goza de reserva da intimidade, e o domínio menos restrito passível de publicidade. Afirmam que, para melhor expressar o critério funcional, deve-se extrair dos conceitos de privacidade e intimidade uma compreensão de esfera privada individual ajustada à vida hodierna e acrescentam que o alcance do direito essencial à vida privada e familiar "deverá delimitar-se, assim, com base num conceito de <<vida privada>> que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação."²²⁶

Nesta perspectiva, o direito à intimidade/privacidade tem posição privilegiada na proteção do ser humano, não somente na lógica da exclusão, contra o exterior; porém, como recurso positivo, propulsor de cidadania e dos direitos de liberdade compreendidos de forma geral²²⁷.

A intimidade/privacidade assume, então, o caráter relacional, determinando o grau de relação das pessoas com os outros e com o mundo exterior - pelo qual o indivíduo determina a sua inserção e exposição. Este processo tem como resultado o fortalecimento de uma esfera privada - mas não se apresenta como a defendida por Hubmam²²⁸, e sim uma na qual a individualidade possa ser construída, bem como o nível de desenvolvimento da personalidade sem apreensão indevida de mecanismo de controle social²²⁹.

²²⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Op. Cit.** p. 419.

²²⁵ UNIÃO EUROPEIA: CARTA de Direitos Fundamentais da União Europeia - 2000/C 364/01, de 26 de Outubro de 2012.[Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 468.

²²⁷ DONELA, Danilo - **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** . Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-562-8, p. 142.

²²⁸ Criador da teoria das esferas. Para maior aprofundamento ver CORDEIRO, António Menezes - **Tratado de direito civil português.** Vol. I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 199-201.

²²⁹ DONELA, Danilo - **Op. Cit.** p. 146.

Verifica-se que o real interesse na tutela à intimidade/privacidade é a proteção da dignidade humana, que valerá para definir seu plano de atuação. "Neste sentido, vale a intuição de Messinetti de considerar a privacidade uma 'forma' de tutela da pessoa, antes que o valor em si"²³⁰.

Do direito à proteção de dados

O artigo 8.º, n.º 1, da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e o artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), preveem que as pessoas possuem direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. Da mesma forma, está consagrada, no artigo 35.^{o231}, da Constituição portuguesa e no inciso XII²³² do artigo 5.º da Constituição brasileira. Estabelecem que a proteção dos dados da pessoa singular constitui-se em um direito fundamental²³³.

Sua regulamentação em nível internacional está prevista no recém-editado Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) - 2016/679, que padroniza a matéria na União Europeia. Em Portugal, a proteção de dados está disciplinada na Lei n.º 67/98, que transpõe para o regime jurídico do país a Diretiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995.

No Brasil, a Lei n.º 13.709/2018, de 14 de Agosto, resguarda a proteção de dados da pessoa e preconiza que regerá o tratamento de dados pessoais, incluindo os meios digitais, de pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, cujo objetivo é defender os direitos essenciais

²³⁰ *Idem - Ibidem.*

²³¹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: "Artigo 35.º (Utilização da informática) 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei."

²³² BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988." XII - 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;"

²³³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27 de Abril de 2016. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32016R0679> alínea (1) dos considerandos.

de privacidade/intimidade e de liberdade, assim como o de livre desenvolvimento da personalidade.

Segundo o artigo 4º, do RGPD, os "dados pessoais" constituem-se em informações referentes a uma pessoa identificável ou identificada e seu tratamento é regido pelos princípios da licitude, lealdade e transparência (art. 5º, 1, "a"), limitação das finalidades (art. 5º, 1, "b"), minimização dos dados (art. 5º, 1, "c"), exatidão (art. 5º, 1, "d"), limitação da conservação (art. 5º, 1, "e") e integridade e confidencialidade (art. 5º, 1, "f").

O RGPD concede aos Estados-Membros a escolha em editar normas para viabilizar o manuseio e utilização de dados, podendo, inclusive, legislar sobre as especiais categorias de dados das pessoas - denominados de sensíveis. Concede, também, liberdade para definir as situações específicas de tratamento, abrangendo as condições em que se entende como lícitos a utilização e o manuseio de dados pessoais.

A Lei de proteção de dados n.º 67/98²³⁴, de Portugal, tem como regramento que os dados das pessoas são "qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável".

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira sublinham que o manuseio e utilização informatizado de dados do indivíduo advém de um elenco de direitos como o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos essenciais da integridade pessoal, da autodeterminação informativa e do desenvolvimento da personalidade, representando estreita conexão²³⁵. Destacam que "quanto mais os dados relacionam a dignidade, a personalidade e a autodeterminação das pessoas, tanto mais se impõem restrições quanto à sua utilização e recolha (banco de dados)"²³⁶.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH sedimentou a amplitude do conceito de vida privada no acórdão referente ao processo Amann de 16/02/200063, onde consignou que:

"[...] o conceito 'vida privada' não deverá ser interpretado de forma restritiva. Nomeadamente, o respeito pela vida privada inclui o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos; para além disso, não existe nenhuma razão de princípio que justifique a exclusão de atividade de natureza profissional ou comercial do conceito de 'vida privada'"²³⁷.

²³⁴ PORTUGAL. LEI n.º. 67/1998. **Diário da República Série I**, n.º 247 (1998-10-26), p. 5536-5546.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 551.

²³⁶ *Idem - Ibidem.*

²³⁷ TRIBUNAL Europeu dos Direitos do Homem. Processo n.º 27798/95 [Em linha]. [Consult. 16 Jan. 2019]. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"appno\":\"27798/95\"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\).

Portanto, o amparo à proteção de dados decorre do respeito à vida, notadamente, a privada, e resguarda as informações a ela referentes, além de sua vida profissional e/ou pública.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira advogam que a defesa dos dados representa uma das garantias, liberdades ou direitos cujo destinatário direto não é apenas a generalidade das entidades públicas e o Estado, mas, do mesmo modo, as entidades privadas possuidoras de ficheiros contendo os dados dos indivíduos (partidos políticos, empresas, associações, sindicatos, etc.)²³⁸.

A certidão de registos criminais constitui-se em dado sensível e seu acesso, no ato da contratação, é o ponto nodal da presente dissertação, situação que se analisará no restante do estudo, com destaque para a constitucionalidade ou não da requisição e, caso possível, a ponderação de interesses no caso concreto.

Do direito à autodeterminação informacional ou informativa

Para muito além da constitucionalização dos direitos de personalidade²³⁹, nas penúltimas décadas do século XX, as sociedades evoluíram a um ritmo muito acelerado, em especial nos campos científico e tecnológico. Surgem novos tipos de direitos - quarta categoria. Não se configuram nem direito de participação, nem de defesa, nem de prestação. São direitos dirigidos principalmente contra o Estado, formam, porém, um complexo abrangendo todos eles, como que 'direitos circulares', protegendo bens que, conquanto possam ser atribuídos e gozados individualmente, constituem-se de igual modo em 'bens comunitários', dos quais as pessoas são titulares²⁴⁰.

Representam os direitos de solidariedade, os direitos de informação e, de especial interesse para este trabalho, "a proteção especial de bens pessoais da primeira grandeza face aos novos perigos, o que implica (implicará) o alargamento e a densificação das liberdades e do direito de defesa: [...] direito à *privacidade* [...] - o direito à autodeterminação informacional"²⁴¹.

A autodeterminação informativa ou informacional (*Recht auf informationelle selbstbestimmung*) foi concebida como direito a partir de decisão da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), proferida em 15 de dezembro de 1983, que declarou a

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 557.

²³⁹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 461.

²⁴⁰ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho - **Op. Cit.** p. 44.

²⁴¹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 43-44.

inconstitucionalidade da Lei do Censo (*volkszählungsurteil*), a qual obrigava os cidadãos da então Alemanha Ocidental a responder a questionários com informações pessoais e que podiam ser objeto de tratamento²⁴².

O artigo 35.º, da CRP, prevê o princípio da autodeterminação informativa, o qual resguarda uma amplitude de direitos essenciais a fim de salvaguardar "a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em <<simples objeto de informação>>"²⁴³. Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, representa o direito pessoal de livremente dispor de seus respectivos dados e/ou informações pessoais, determinando os modos e termos em que terceiros podem acessar e/ou utilizá-los²⁴⁴.

Paulo Mota Pinto arremata a importância que vem assumindo a autonomização²⁴⁵ do direito à autodeterminação informacional, o qual garante a liberdade de dispor acerca da concessão e do manuseio de dados e informações da pessoa. É "protegida a faculdade do indivíduo de determinar ele mesmo em princípio quando e dentro de que limites são reveladas informações pessoais"²⁴⁶.

Catarina Sarmiento e Castro²⁴⁷ defende que o direito à autodeterminação informativa é mais amplo, porquanto não se restringe apenas a proteger o direito à intimidade - direito de se negar a informar ou de se opor à recolha, difusão ou qualquer tratamento de seus dados em

²⁴² No acórdão "a corte entendeu que, considerando as modernas condições de tratamento automático de dados, a proteção do indivíduo em face dos riscos da coleta, do armazenamento, da utilização e da comunicação ilimitada de seus dados pessoais estaria abarcada pela garantia geral de proteção aos direitos da personalidade contida no art. 2º, inciso I, combinado com o art. 10, inciso I, da Lei Fundamental alemã. Esse direito fundamental garantiria, em princípio, ao indivíduo a livre determinação quanto à disponibilização e à utilização de seus dados pessoais. Limitações a esse direito só seriam permitidas nos casos em que preponderasse o interesse público e necessitariam de lei compatível com a Constituição (princípio da legalidade). Além disso, a lei que criasse a limitação deveria também observar o princípio da proporcionalidade, porque em seu procedimento o legislador igualmente estaria obrigado a tomar medidas contra os riscos de lesão aos direitos da personalidade". SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza - **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2880-1, p. 88. Ressalta Ana Francisca Moreira de Souza Sanden que "a Corte Constitucional não criou um novo direito fundamental. Apenas concretizou a jurisprudência diferenciada dos direitos da personalidade de uma forma geral, levando em consideração os riscos decorrentes das novas tecnologias da informação". *Idem* - **Op. Cit.** p. 89.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 551.

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 620.

²⁴⁵ Muito embora reconheça o direito autônomo, faz ressalva no sentido de que "parece-nos que tal direito à autodeterminação informacional resultará, em parte, tutelado através de direitos *especiais* - quer direitos fundamentais especiais, quer direitos especiais de personalidade (designadamente, na medida em que se reporte a informações que se incluem no âmbito de proteção do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e que é igualmente feito derivar na ordem jurídica alemã dos ao desenvolvimento da personalidade e do direito geral de personalidade)". PINTO, Paulo Mota - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. p. 185.

²⁴⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 184.

²⁴⁷ CASTRO, Catarina Sarmiento e - **Direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade à segurança no pós 11 de setembro**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2018]. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>

face de terceiros ou do Estado; mas sim abarca a adoção de medidas protetivas e a autonomia de controlar o manuseio de seus dados pessoais²⁴⁸.

Paulo Mota Pinto distingue o direito de intimidade/privacidade do de autodeterminação informacional, ao dizer que:

"Notemos, porém, que a concepção do direito a reserva sobre a intimidade da vida privada como direito em que não está em causa a inviolabilidade física ou pessoal - de uma ' projecção vital ' da pessoa, na expressão de Orlando de Carvalho -, mas a sua *autodeterminação informativa* em relação à vida privada, faz com que nesse direito se incorpore logo um componente de liberdade. Esta não é apenas integrante do 'ambiente' em relação ao bem jurídico atribuída ao titular (como acontece no direito à integridade física, por exemplo), mas *integra* o próprio bem ou interesse protegido pelo reconhecimento desse direito. E, se notarmos ainda que o objecto do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada - na medida em que a informação cujo controlo está em causa é apenas a relativa à vida privada - é conformatado de forma decisiva pela actuação do titular, podemos concluir sem dificuldades que a condução dogmática ao consentimento do ofendido (titular), visto como causa de exclusão de ilicitude, das consequências da actuação voluntária do titular sobre o direito à reserva seria, também, para, fortemente redutora."²⁴⁹.

A autodeterminação informativa é um direito de defesa das novas facetas da personalidade e, por isso, também é um direito de personalidade²⁵⁰ consistente na liberdade de controlar o uso das informações que lhe digam respeito e desde que sejam pessoais, bem como a proteção de possíveis agressões advindas do manuseio dessas informações²⁵¹.

A Constituição do Brasil não tem previsão expressa reconhecendo o direito à autodeterminação informativa, mas a doutrina o entende presente como sendo um direito decorrente das normas constitucionais da proteção de dados e da privacidade/intimidade.

A autodeterminação informativa "tem como tutela não a intimidade física, mas a 'intimidade informativa' diretamente ligada à proteção de dados"²⁵². Portanto, a intimidade/privacidade humana, nessa perspectiva, requer da ordem jurídica proteção contra ameaças indevidas de intromissão e/ou invasão, especialmente contra o manuseio e utilização automatizada de dados dos indivíduos, o que é feito através da autodeterminação informativa.

M^a Begoña López Portas ressalta a importância das liberdades informativas, configurando-as como a pedra angular do Estado Democrático para a opinião pública

²⁴⁸ "Assim, evita-se que o indivíduo se transforme em 'simples objecto de informações' também na medida em que se lhe atribui um poder positivo de dispor sobre as suas informações pessoais, i.e., um poder de autotutela, de controlo, sobre os seus dados pessoais, que permite ao cidadão 'preservar a sua própria identidade informática'". *Idem - Ibidem*.

²⁴⁹ PINTO, Paulo Mota - A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Estudo em homenagem a Cunha Rodrigues**. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 530.

²⁵⁰ CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: LTr, 2015. Versão digital: LTr 8550.5. ISBN 978-85-361-3233-4, p. 73.

²⁵¹ CASTRO, Catarina Sarmiento e - **Op. Cit.** p. 11.

²⁵² CHEHAB, Gustavo Carvalho - **Op. Cit.** p. 74.

essencialmente livre. Contudo, não são elementos suficientes para legitimar a intromissão quando colidem com a proteção de dados. Registra, ainda, que "El interés público actualizado, el contexto en el que se produce la información y la proporcionalidad de la medida limitadora del derecho son los criterios manejados por la jurisprudencia constitucional para dirimir este conflicto entre libertades informativas y derecho al olvido"²⁵³.

A Espanha, através da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), foi de grande importância para a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que também eram seguida pelas agências francesa e italiana. Seu entendimento é que o direito ao esquecimento estaria dentro do direito fundamental da proteção de dados²⁵⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M Ferreira Neto afirmam que o direito ao esquecimento encontra amparo mais robusto no livre desenvolvimento da personalidade e na autodeterminação informacional, do que em outros direitos de personalidade²⁵⁵. E afirmam que o direito à autodeterminação informativa:

"[...] reflete com precisão o fundamento e a essência da proteção individual que, no fundo, se resguarda quando se invoca o direito ao 'esquecimento' [...] Mantém próxima relação com a proteção individual de controlar o manuseio e a transmissão de informações pessoais passadas e que sejam, ainda hoje, acessíveis pelos demais membros da sociedade, buscando, com isso, garantir que cada indivíduo possa preservar elementos importantes de sua identidade contra os efeitos danosos de fatos pretéritos, permitindo que ele próprio diferencie a construção de sua personalidade futura."²⁵⁶

Sublinham Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M Ferreira Neto, no entanto, que sempre haverá, na reconstrução das pretensões individuais e coletivas em disputa (liberdade de informação *versus* direito ao esquecimento), uma participação subsidiária, indireta e reflexa do direito à intimidade/privacidade²⁵⁷. E acrescentam que, a depender da informação (dados), o direito ao esquecimento pode estar mais diretamente relacionado com um direito fundamental específico. Em qualquer das situações, contudo, estará sempre atrelado à intimidade/privacidade, à autodeterminação informativa e à proteção de dados por ser zona de superposição material e de concorrência entre tais direitos²⁵⁸, em especial os dados sensíveis, dos quais são exemplo os registros criminais²⁵⁹.

²⁵³ PORTAS, M^a Begoña López - **Op. Cit.** p. 154.

²⁵⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 158.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 70.

²⁵⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 67.

²⁵⁷ *Idem* - **Op. Cit.** p. 70.

²⁵⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 71.

²⁵⁹ Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M Ferreira Neto sustentam que o direito ao esquecimento tem fundamentação primária no direito à identidade pessoal, permanecendo a relação de conexão com os outros direitos fundamentais acima referidos. Afirmam que "O direito à identidade pessoal passa a abarcar a pretensão de

Percebe-se, assim, que a proteção à vida privada é a base dos direitos à privacidade/intimidade, à proteção de dados e à autodeterminação informativa, sendo cada um deles específico para defender uma porção de bens jurídicos que a resguardam²⁶⁰. A mesma situação ocorre com o direito ao esquecimento.

Esquecer determinado fato ou dado da vida da pessoa, enquanto direito, pode configurar-se como uma peculiaridade de sua intimidade/privacidade, um dado pessoal, proteção de dados (certidão de antecedentes criminais) e/ou a autodeterminação informacional. Mas também pode não envolver quaisquer dessas situações, sendo, por isso, configurado como autônomo.

A título de exemplo e para diferenciar dos demais direitos assemelhados e nos quais se inspira, pode-se citar a situação hipotética em que, na juventude, alguém promove e divulga previamente uma apresentação pública num parque, igualmente público, da cidade. Tal apresentação é registrada por um jornal que insiste em repetir essa notícia por anos a fio (provavelmente em decorrência da animosidade existente entre o dono do jornal e a pessoa que fez a apresentação).

Nessa situação, existiria um direito subjetivo ao esquecimento do citado fato, visto que, nos dias atuais, apresenta-se como constrangedor para o titular do direito, causando-lhe prejuízos não só materiais (como a perda de uma chance de emprego), como morais. No caso, tal direito não se confundiria com os outros assemelhados acima analisados, como o direito à privacidade/intimidade (visto que o ato cujo esquecimento se pleiteia foi público), à proteção de dados (pois a notícia não se classificaria como "dado") ou à autodeterminação informativa (os fatos noticiados correspondem à realidade sobre um fato feito em público e não se referem a informações ou "dados pessoais").

Portanto, embora muito assemelhados e sirvam de inspiração para o direito ao esquecimento, com esse não se confundem, embora, como visto acima, possa decorrer daqueles. Assim, o direito ao esquecimento, na abordagem feita pelo presente trabalho, é um direito fundamental²⁶¹ com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da

moldar e de reconstruir a própria imagem social tendo em vista as mudanças que são impostas na composição do indivíduo em razão do transcurso do tempo, o que permite venha a se falar em direito de ser '*diferente desse mesmo em relação ao passado*'. E é precisamente dentro desse escopo de preservação da identidade manifestada no presente relativamente aos fatos ocorridos no passado que se pode estruturar o conteúdo essencial do direito ao 'esquecimento'." *Idem* - **Op. Cit.** p. 70 e 73.

²⁶⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 71 e ss.

²⁶¹ "Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um

resinserção social e da liberdade de desenvolver sua personalidade, e tem inspiração num entrelaçamento de outros direitos fundamentais²⁶² - intimidade/privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa, não expressamente previsto nas Constituições de Portugal e do Brasil, mas que surge para resguardar tutela de direito da vida privada não pensado ao tempo da edição destas.

2.4. DA REINSERÇÃO SOCIAL DOS EX-INFRATORES

A vida em sociedade implica a interação social e determina o contato com o outro. Essa convivência requer a instituição de diretrizes para nortear as relações e ações preventivas visando à manutenção da coletividade. Essa engenharia social só é possível graças a um mínimo de compromisso de vontades, denominado de “pacto social”.

Na obra *Do Contrato Social*, Jean Jacques Rousseau retratou o pacto social com adequação, deixando um importante legado às futuras gerações. Ele retrata que:

“Portanto, o soberano não é formado senão por particulares que o compõe, nem podendo haver interesse contrário ao deles, por conseguinte, o poder soberano não tem nenhuma necessidade de fiador, em relação aos súditos, porque é impossível que o corpo queira causar dano a todos os seus membros, e veremos, logo depois, que ele não pode causar dano a ninguém em particular. O soberano, por aquilo que é, é sempre tudo o que deve ser. [...] Afim de que, pois, o pacto social não seja um vão formulário, ele encerra tacitamente este ato, que só pode dar força aos outros, recusando-se a obedecer a vontade geral e será contrário por todo o corpo; o que não significa outra coisa senão que será forçado a ser livre; pois tal é a condição que, dando cada cidadão à Pátria, garante-lhe toda a dependência pessoal, condição que faz o artifício e o jogo da máquina política e que só torna legítimos os atos civis, os quais, sem isso, seriam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos. [...] O que o homem perde pelo contrato social, é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tenta e pode atingir, o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. Para não se enganar nessas compensações, é preciso distinguir muito bem a liberdade natural, que não tem por limites senão as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral e da posse,

típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros”. SARLET, Ingo Wolfgang - **Tema da moda, o direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

²⁶² Aqui se acrescenta as lições de José Joaquim Gomes Canotilho no sentido de que poderia se dizer que há concorrência de direitos fundamentais "o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de protecção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo desse jeito se tem, em certa medida e em certos setores limitados, uma << cobertura >> normativa igual. Exemplifiquemos: o direito de expressão e informação (art. 37.º) << está em contato >> com a liberdade de imprensa (art. 38.º), com o direito de antena (art. 40.º) e com o direito de reunião e manifestação (art. 45.º)". Interessa de modo especial o presente trabalho o outro modo de concorrência de direitos também citada por José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar da acumulação de direitos. Destaca que é um comportamento onde se pode submeter no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si “um determinado << bem jurídico >> leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1252.

que não passa do efeito da força ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade que não pode ser fundada num título positivo.”²⁶³

Jean Jacques Rousseau legitima o corpo social por personificar e instituir o Soberano, cujo poder abarca a obrigação de defender e resguardar a propriedade, dando conformação e limites à liberdade. Ainda que tenha se referido apenas à propriedade, hoje se amplia a concepção de bem jurídico como um todo, cabendo assegurar a vida, a liberdade e a propriedade. Resume a motivação do homem ao pactuar a restrição de sua liberdade ao dizer que:

“Suponho que os homens que chegam a este ponto, em que os obstáculos que impedem sua conservação no estado de natureza, levam, por sua resistência, para as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. [...] Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e seus bens de cada associado e pelo qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental ao qual o contrato social fornece a solução. [...] Cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nos recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo.”²⁶⁴

No pacto social, a liberdade é a vigiada. Existe, porém, a quebra do pacto social no momento em que o Soberano não consegue controlar os subalternos e garantir os bens jurídicos fundamentais. Em outra análise, também ocorre quando os indivíduos transgridem as regras e, como consequência, há punição pelo Estado.

O ex-detento, apesar de desrespeitar determinada diretriz estabelecida pelo pacto social e, última análise, pelas leis penais, não perde a qualidade de ser humano durante e após ter cumprido sua condenação. Portugal e Brasil acreditam na capacidade de reintegração social²⁶⁵ dos seus institutos prisionais. Tanto é assim, que não possuem pena de morte ou perpétua, como regra geral (art. 30º, 1, 4 e 5, da CRP e art. 5º, XLVI, "a" e "b", da CF).

A reinserção do ex-infrator na sociedade interessa a todos e não pode ser vista apenas como busca dos legisladores, dos diretores de presídios ou das pessoas que trabalham

²⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques - **Do Contrato Social**. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3ª ed., ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 44-45 e 47-48.

²⁶⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 39-40.

²⁶⁵ "[...] 'reintegração social' [...] o processo de busca de todos os meios e possibilidades legais para facilitação e estímulo da adequada adaptação dos infratores ao convívio social, respeitando-se a liberdade de escolha e personalidade dos mesmos e também a faculdade de submissão às disponibilidades e problemas penitenciários de inclusão, em geral. [...] Assim, a reintegração social é um direito dos cidadãos-egressos que, como tal, pode ou não ser exercido, de utilização da via do trabalho e estudo e de quaisquer outros programas disponíveis para amparar ao retorno seguro à sociedade, caracterizado pelo respeito à dignidade humana dos ofensores e pela participação ativa da comunidade nesse processo, primordialmente no momento pós cárcere." FELBERG, Rodrigo - **A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicação às ações afirmativas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

diretamente no sistema penitenciário. Deve ser tida como uma questão de responsabilidade social²⁶⁶.

Rodrigo Felberg afirma que a reintegração social vincula-se aos direitos fundamentais da pessoa que é o ex-encarcerado, ao mesmo tempo em que atinge a todos que aspiram viver em segurança e com dignidade e são afetados pelos efeitos da delinquência, possuindo a reintegração social uma dimensão transindividual²⁶⁷.

E, nesse mesmo sentido, Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues descreve com propriedade e amplitude ao dizer que:

"[...] qualquer programa de ressocialização visa integrar o indivíduo no mundo dos seus concidadãos, sobretudo nas coletividades sociais básicas como, por exemplo, a família, a escola ou trabalho, proporcionando-lhe auxílio necessário para que faça ultrapassar a situação de desajustamento social em que se encontra. [...] O crime surge como consequência de um *déficit de socialização* que se analisa num conflito do indivíduo com as normas e estruturas da sociedade, e o delinquente aparece como um indivíduo que falhou no processo de aprendizagem e socialização devido a fatos que intercederam na sua normal evolução. Sendo assim, o que se pretende - isso visando o seu processo de ressocialização - é compensar o seu déficit de socialização e os processos incompletos ou inexistentes de aprendizagem social, ou seja, *reintegrar o indivíduo na sociedade* tornando-o capaz de não cometer crimes"

²⁶⁸

As consequências do encarceramento não acabam com o cumprimento da pena²⁶⁹ e, baseadas nisso, as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos estabelecem que o dever da coletividade não acaba com a liberdade do preso²⁷⁰. Adverte Francisco J. Leturia I. que são objetivos específicos da punição estatal a reintegração e a reabilitação de modo que:

"[...] la publicidad y reiteración *ad aeternum* de los hechos delictuales y las condenas recaídas sobre ellos podría resultar claramente perjudicial para el adecuado desarrollo futuro de quienes se han equivocado (criminalización secundaria), justificando la restricción de dicha publicidad".²⁷¹

²⁶⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 75. Complementando, Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto "[...] a possibilidade de esquecer, mas também - e nisso a necessidade de reconhecimento e proteção em face do estado e de terceiros no plano social ampliado - poder ser 'esquecido' e não sofrer permanentemente e de modo indeterminado as repercussões negativas associadas a fatos (aqui em sentido amplo) do passado é algo essencial não apenas para uma vida saudável pessoal - do ponto de vista físico e psíquico - mas para uma integração social do indivíduo." SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. - **Op. Cit.** p. 49.

²⁶⁷ *Idem* - **Ibidem.**

²⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda - Reinserção social: para uma definição do conceito. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: [sn]. Ano 1982, n.º 34, (jul./dez. 1982), p. 29.

²⁶⁹ FELBERG, Rodrigo - **Op. Cit.** p. 78.

²⁷⁰ Regra 90: "O dever da sociedade não cessa com a libertação de um recluso. Seria por isso necessário dispor de organismos governamentais ou privados capazes de trazer ao recluso colocado em liberdade um auxílio pós-penitenciário eficaz, tendente a diminuir os preconceitos a seu respeito e a permitir-lhe a sua reinserção na sociedade."

²⁷¹ LETURIA I., Francisco J. - **Op. Cit.** p. 9.

Ao sair da cadeia, o egresso depara-se com políticas públicas, muitas vezes, ineficazes, mas ele precisa sobreviver²⁷². Precisa de um trabalho digno e que conceda dignidade. Necessita que alguém confie em seu potencial. E, nessa hora, aparece o perigo. Os empregos estão escassos. A exigência de qualificação está cada vez maior. Aliado a isso, encontra uma sociedade assustada com a crescente onda de violência urbana.

Myriam Mesquita Pugliese de Castro faz uma importante abordagem ao lecionar que "Embora juridicamente livre - tal como define o discurso abstrato-formal do direito - é, em sua vivência concreta, juridicamente desigual, dada a impossibilidade de adquirir sequer direito igual de participar da troca e da realização do contrato de trabalho"²⁷³.

Não é de hoje que o trabalho representa algo essencial para a sociedade²⁷⁴. O egresso do sistema prisional é um cidadão com todos os direitos e é digno de receber da sociedade e do Estado o tratamento condizente com essa condição. Precisa de oportunidades iguais aos demais, inclusive no que diz respeito às oportunidades de trabalho. Nenhum ser humano tem dignidade se não tem condições de subsistência.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que o direito à vida abarca também o direito à sobrevivência, ou seja, direito a viver com dignidade²⁷⁵. Acrescentam que o direito à vida articula-se com o princípio da dignidade humana e traduz-se:

"[...] o direito de dispor das *condições de subsistência*, integrando designadamente o direito ao trabalho (ou ao subsídio de desemprego, na falta daquele), à proteção da saúde, à habitação, implicando o dever do Estado contribuir para a realização das prestações existenciais indispensáveis a uma vida minimamente digna."²⁷⁶

²⁷² As Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento de Reclusos estabelece nas das relações sociais e assistenciais pós-prisional (Regra 108.1) que: "Os serviços ou organizações governamentais ou outras, que prestam assistência a reclusos colocados em liberdade para se reestabelecerem na sociedade, devem assegurar, na medida do possível e do necessário, que sejam facultados aos reclusos libertados documentos de identificação apropriados, que lhes sejam garantidas casas adequadas e trabalho, vestuário apropriado ao clima e à estação do ano e recursos suficientes para chegarem ao seu destino e para subsistirem no período imediatamente seguinte à sua libertação." https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

²⁷³ CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de - Preso um dia, preso toda a vida: a condição de estigmatização do egresso penitenciário. **Temas IMEC: Sociedade, Direito, Saúde**. São Paulo: n.º 2, vol. I (Dez. 1984), p. 115.

²⁷⁴ Nas palavras de Paulo Jakutis "não há exagero em se afirmar que trabalho é vida, razão pela qual o trabalhador excluído do mercado corre um grande risco e, na maioria das sociedades que buscam utilizar-se de redes previdenciárias para a proteção do trabalhador sujeito a esse infortúnio, representa fonte de despesas e preocupações". JAKUTIS, Paulo - **Manual de estudos da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito no Brasil e dos Estados Unidos**. São Paulo: LTr, 2006, p. 109.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 451.

²⁷⁶ *Idem - Ibidem*. Arrematam afirmando que "O direito ao trabalho está, assim, para os direitos econômicos, sociais e culturais, na mesma posição em que se encontra o direito à vida no quadro dos direitos, liberdades e garantias, cujo aumento elenco igualmente inicia. Não sucede isto por acaso: o direito ao trabalho constitui, de certo modo, pressuposto e um antecedente lógico de todos os restantes direitos econômicos, sociais e culturais. Noutra perspectiva, aliás, o direito ao trabalho é mesmo pressuposto do próprio direito à vida enquanto direito à sobrevivência." CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 763.

Segundo José Pastore, a possibilidade de reincidência é grandiosa quando o ex-detento não acha meios de se sustentar. A autoestima não é refeita, o que pode levá-lo a uma vida sem atrativos, sendo tentadora a busca por um novo ilícito²⁷⁷. Portanto, mesmo a punição e o encarceramento sendo necessários à proteção e à justiça, a sociedade precisa de um esforço maior para reinserir os ex-condenados no convívio social através de um trabalho produtivo, que deve ocorrer tanto dentro, enquanto encarcerado, como fora dos presídios²⁷⁸.

Leciona Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros que "El hecho de poseer antecedentes penales puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos cívicos o familiares, constituyendo una "pena invisible" que debe sumarse a la pena impuesta"²⁷⁹.

Consagrado nas Constituições de Portugal e do Brasil, o direito ao trabalho representa o direito de obter emprego e de exercer uma atividade profissional²⁸⁰ e, dentre suas dimensões negativas, interessando diretamente ao estudo, estão: a liberdade de procurar trabalho, sendo proibido qualquer obstáculo externo ao exercício da atividade dirigida contra os entes públicos e entidades particulares²⁸¹, e o direito de igualdade no acesso a quaisquer cargos, tipo de trabalho ou categorias profissionais²⁸².

A realização do direito ao trabalho impõe ao Estado determinadas obrigações de fazer²⁸³: execução de política de pleno emprego, promover igualdade de oportunidade na escolha de profissão e a não discriminação no acesso a profissões e cargos profissionais, dentre outras.

²⁷⁷ PASTORE, José - **Trabalho pra ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011, ISBN 978-85-02-10573-7, p. 74. Acrescenta que: "o encarceramento, por si só, é insuficiente para a recuperação socioeducativa ou para a reintegração na vida em liberdade. A maioria dos egressos das prisões enfrenta situações muito afilivas. Poucos são os que contam com recursos econômicos para as suas necessidades imediatas. Muitos não têm onde se abrigar e se alimentar nos primeiros dias de liberdade. Há casos em que falta dinheiro para tomar um ônibus e chegar a eventuais oportunidades de emprego. Estudos baseados em metodologias rigorosas mostram que o não atendimento dessas necessidades imediatistas constitui um dos principais desencadeantes da reincidência e da nova prisão". *Idem* - **Op. Cit.** p. 26

²⁷⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 31.

²⁷⁹ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 245.

²⁸⁰ "Nessa perspectiva, ele reconhece os cidadãos, sobretudo, um direito a uma acção ou prestação do Estado, que constitui este numa verdadeira obrigação constitucional de actuar no sentido de que aquela pretensão obtenha satisfação efectiva. [...] o direito ao trabalho, enquanto direito positivo, não confere um direito subjetivo a obter um concreto posto de trabalho, mas não é despojado de efeitos jurídicos" CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p.763.

²⁸¹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 763-764.

²⁸² *Idem* - **Op. Cit.** p. 764.

²⁸³ *Idem* - **Ibidem**.

Em Portugal, o Código de Trabalho (CTP)²⁸⁴ disciplina a matéria de igualdade e não discriminação com diversas normas. Trata, inicialmente, das regras gerais, e, em seguida, das situações específicas. O artigo 23.º apresenta os conceitos relacionados à igualdade e à não discriminação, considerando como direta a que decorre de um tratamento menos favorável em razão de fator de discriminação dado a uma pessoa em situação comparável. Já a indireta ocorre quando por critério, prática ou disposição aparentemente neutra, um fator de discriminação seja capaz de colocar uma pessoa em situação de desvantagem em comparação a outras, desde que o fator de discriminação não advenha de um fim legítimo e que os meios utilizados sejam adequados e necessários.

O artigo 24.º, do CTP, resguarda o direito à igualdade no acesso a emprego. Em seu número 1, dispõe que o candidato ao emprego possui direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no tocante à admissão no emprego, dentre outras situações, e elenca algumas das situações que não podem servir de discriminação. O rol previsto no item 1 do artigo em comento usa o termo notadamente, o que autoriza a dizer que não é exaustivo, comportando outras circunstâncias, como é o caso da exigência de antecedentes criminais.

O artigo 25.º, do CTP, traz o regramento referente à proibição de discriminação. Interessa, de modo especial ao estudo, o número 2, o qual refere que não se configura discriminação o comportamento embasado num requisito justificável e determinante para o desempenho da atividade, proveniente da natureza da atividade ou das circunstâncias de sua execução, tendo como requisito que o objetivo seja legítimo e proporcional.

No Brasil, a Lei n.º 9.029/1995²⁸⁵ trata das práticas discriminatórias para fins de admissão e permanência na relação de emprego. Disciplina seu artigo 1.º a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso a emprego ou em sua manutenção.

Portanto, os dois ordenamentos jurídicos valorizam e resguardam o candidato ao emprego por práticas discriminatórias. Não é suficiente, todavia, que se vislumbre apenas o depois, prevendo direito à indenização (art. 28, do CTP e art. 4.º, da Lei 9.029/1995 do Brasil). Deve o legislador antecipar-se e solucionar as questões possíveis de conflito e passíveis de suscitar discriminação, como é o caso da exigência de certidão de antecedentes criminais.

O artigo 47.º, n.º 1, da CRP, prevê que todos têm direito a escolher livremente sua profissão, ressalvadas as restrições impostas legalmente pelo interesse coletivo ou referentes à

²⁸⁴ PORTUGAL. CÓDIGO do Trabalho: lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 167 e ss.

²⁸⁵ BRASIL. LEI n.º. 9.029/1995. **Diário Oficial da União Seção I**, (1995/04/17).

própria capacidade. No Brasil, o artigo 5.º, XII, da CF, consagra a liberdade de exercer qualquer trabalho, atendidas as qualificações legais.

O que se pretende, pois, na investigação, é analisar se seria lícito questionar sobre a existência de registros criminais do candidato ao emprego, tendo em vista o direito ao esquecimento e a necessidade de reinserção dos ex-infratores no mercado formal de trabalho. Os dois países têm regras contra a discriminação, como visto acima; contudo, o que se busca é averiguar situação anterior, para que não seja necessário questionar a existência ou não de discriminação.

2.5. REGISTROS CRIMINAIS

Os registros criminais são dados pessoais e exclusivos do condenado²⁸⁶. Eles contêm as informações criminais dos cidadãos, servem para permitir o conhecimento e/ou atestar a ausência de passado criminal, nos termos legais.

Eles têm o caráter de dados negativos porque associam a pessoa a circunstâncias indesejáveis, prejudiciais, socialmente desaprovadas ou simplesmente desfavoráveis. Ligam a pessoa à quebra do pacto social, com a usurpação de expectativas normativas, com a violação de direitos legais fundamentais.

A contagem do prazo para acesso às informações constantes dos registros criminais é sempre da data de extinção da pena. Contudo, o tempo em que permanecem é distinto, a depender do tipo de crime cometido em Portugal²⁸⁷. Para o Brasil, os dados não devem ser fornecidos com a extinção ou o cumprimento da pena²⁸⁸, podendo apenas ser informados para algumas situações previstas em lei²⁸⁹.

²⁸⁶ Em Portugal, o registro criminal contém: todas as decisões criminais condenatórias ou que apliquem medidas de segurança, proferidas por Tribunais portugueses e decisões criminais condenatórias de portugueses ou de estrangeiros residentes em Portugal, proferidas por Tribunais estrangeiros, que sejam comunicadas nos termos de acordos internacionais. No Brasil, a certidão de registro criminal abarca não apenas as condenações criminais, mas também os processos iniciados sem julgamento. O inquérito não mais constará devido a alteração legislativa provida pela Lei n.º 12.681/2012, que alterou o art. 20, do Código Processo Penal do Brasil. Na Espanha, "Los antecedentes penales o antecedentes judiciales son datos personales de los sujetos condenados por sentencia judicial firme, que están recogidos en el Registro Central de Penados y Rebeldes". BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 246.

²⁸⁷ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247. e PORTUGAL. LEI n.º. 13/2006. **Diário da República Série I-A**, n.º 75 (2006-04-17), p. 2783 - 2787. Art. 11º, da Lei n.º 37/2015, de 5/5 e art. 4º, da Lei n.º 113/2009, de 17/9. a) Condenação por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual: 25 anos; b) Condenação por outro crime em pena de prisão superior a 8 anos: 10 anos; c) Condenação por outro crime em pena de prisão entre 5 e 8 anos: 7 anos; d) Condenação por outro crime em pena de prisão inferior a 5 anos, ou em pena de multa principal: 5 anos; e) Condenação por outro crime em pena substitutiva da pena principal: 5 anos; e f) Decisões de dispensa de pena ou admoestação: 5 anos.

²⁸⁸ BRASIL. LEI n.º. 7.210/1984. **Diário Oficial da União Seção I**, (1984-07-11) Art. 202: "Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por

É importante destacar que a legislação portuguesa separa em três situações a possibilidade de fornecimento dos certificados emitidos para fins de emprego ou exercício de profissão. Caso não estejam sujeitos ao imperativo legal de ausência de histórico criminal ou à avaliação de idoneidade da pessoa, os certificados terão apenas decisão que decreta a demissão de função pública ou proíba o desempenho de atividade, de profissão ou função pública, ou, ainda, que interdição exercício de qualquer dessas situações²⁹⁰.

Já nas situações em que há exigência legal de ausência de antecedentes criminais ou da avaliação de idoneidade da pessoa, constarão todas as decisões que ainda estejam no prazo de vigência, exceto se canceladas provisoriamente ou tenha determinação expressa de assim o fazer pelo Tribunal da condenação²⁹¹.

E, por fim, as certidões emitidas para empregos, profissões, funções ou atividades, privadas ou públicas, mesmo sem remuneração, desde que o exercício envolva contato corriqueiro com menores, devem conter sempre²⁹², observando as regras anteriores de exigência ou não por lei, as condenações por delito de maus tratos ou violência doméstica, contra a autodeterminação e a liberdade sexual, bem assim as penas acessórias em

auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei."

²⁸⁹Se referindo ao direito espanhol Inmaculada Jiménez-CastellanosBallesteros leciona que "En la normativa española actual, las personas condenadas por la comisión de delitos y que han extinguido la responsabilidad penal, cuando haya transcurrido un determinado plazo sin haber vuelto a delinquir, y una vez satisfecha su responsabilidad civil, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales. Asimismo, aunque no se haya llevado a cabo la cancelación, los jueces y tribunales no tendrán en cuenta dichos antecedentes a la hora de apreciar la agravante de reincidencia. Por tanto, los antecedentes penales no pueden desplegar sus efectos *sine die*. Estas previsiones legislativas son una garantía del derecho al olvido frente a los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*.", sendo inclusive uma garantia do direito em estudo, como mencionado. BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 245.

²⁹⁰ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. "Artigo 10º - [...] 5 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, os certificados do registo criminal requeridos por pessoas singulares para fins de emprego, público ou privado, ou para o exercício de profissão ou atividade em Portugal, devem conter apenas: a) As decisões de tribunais portugueses que decretem a demissão da função pública, proíbam o exercício de função pública, profissão ou atividade ou interditem esse exercício; b) As decisões que sejam consequência, complemento ou execução das indicadas na alínea anterior e não tenham como efeito o cancelamento do registo; c) As decisões com o conteúdo aludido nas alíneas a) e b) proferidas por tribunais de outro Estado membro ou de Estados terceiros, comunicadas pelas respetivas autoridades centrais, sem as reservas legalmente admissíveis."

²⁹¹ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. "Artigo 10º [...] 6 - Os certificados do registo criminal requeridos por pessoas singulares para o exercício de qualquer profissão ou atividade para cujo exercício seja legalmente exigida a ausência, total ou parcial, de antecedentes criminais ou a avaliação da idoneidade da pessoa, ou que sejam requeridos para qualquer outra finalidade, contêm todas as decisões de tribunais portugueses vigentes, com exceção das decisões canceladas provisoriamente nos termos do artigo 12.º ou que não devam ser transcritas nos termos do artigo 13.º, bem como a revogação, a anulação ou a extinção da decisão de cancelamento, e ainda as decisões proferidas por tribunais de outro Estado membro ou de Estados terceiros, nas mesmas condições, devendo o requerente especificar a profissão ou atividade a exercer ou a outra finalidade para que o certificado é requerido."

²⁹² Exceto se o Tribunal de Execução de Penas determinar a sua não transcrição em certificados.

condenações por delito contra a autodeterminação e a liberdade sexual ou violência doméstica²⁹³.

Em Portugal, os dados criminais ficam recolhidos no SICRIM - Sistema de Informação de Identificação Criminal, previsto no Decreto-Lei n.º 171/2015, de 25 de agosto²⁹⁴. No Brasil, as informações constam de diversos bancos de dados, a exemplo da Polícia Federal, da Polícia Judiciária dos Estados e do CNJ - Conselho Nacional de Justiça²⁹⁵.

"La figura de la cancelación de antecedentes penales obedece a la misma finalidad de permitir a la persona su rehabilitación social y jurídica y de evitar que cargue toda su vida con la marca que imprime la comisión de un delito"²⁹⁶.

Importa destacar que os dados constantes dos registos criminais são especialmente sensíveis, sendo um registo público cujas informações nem toda pessoa pode consultar, possuindo especial proteção em Portugal. Dessa forma, apenas o interessado²⁹⁷ e algumas autoridades especiais como o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Polícia, dentre outros, podem consultar os dados registrados²⁹⁸. No Brasil, a informação pode ser acessada sem necessidade de justificativa ou autorização, inclusive através da internet, sendo em alguns casos exigido o requerimento quando feito pessoalmente.

Por fim, o cancelamento dos antecedentes criminais não os torna públicos, sendo acessíveis apenas em situações especiais para fins estatísticos. Adverte Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros que "Tampoco serán públicos los antecedentes una vez cancelados porque solo tendrán acceso a los mismos los jueces y tribunales españoles y cuando resulten necesarios para la elaboración de estadísticas"²⁹⁹.

²⁹³ PORTUGAL. LEI n.º. 113/2009. "Artigo 2º 1 - No recrutamento para profissões, empregos, funções ou actividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, a entidade recrutadora está obrigada a pedir ao candidato a apresentação de certificado de registo criminal e a ponderar a informação constante do certificado na aferição da idoneidade do candidato para o exercício das funções. 2 - Após o recrutamento a entidade empregadora ou responsável pelas actividades está obrigada a pedir anualmente a quem exerce a profissão ou as actividades a que se refere o número anterior certificado de registo criminal e a ponderar a informação constante do mesmo na aferição da idoneidade para o exercício das funções."

²⁹⁴ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 171/2015. **Diário da República Série I**, n.º 165 (2015-08-25),p. 6290-6300.

²⁹⁵ Na Espanha, os dados criminais dos condenados ficam guardados no Registro Central dos Condenados, o qual é regulado pelo Decreto Real n.º 95/2009, de 6 de fevereiro, no qual se regula o sistema de registos administrativos de apoio a Administração da Justiça.

²⁹⁶ BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p. 244.

²⁹⁷ O interessado só poderá solicitar o registo criminal pessoalmente ou através de certificação, podendo ainda ser feito através de procuração.

²⁹⁸ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. Artigo 8º, da Lei n.º 37/2015, de 5/5. No mesmo sentido da lei portuguesa defende, BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **Op. Cit.** p 246-247.

²⁹⁹ *Idem - Ibidem.*

2.6. APLICAÇÃO NO DOMÍNIO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao ingressar no mercado de trabalho, o empregado, seja ao se candidatar a emprego ou ao ser contratado, não perde a condição de cidadão. Logo, é cidadão-trabalhador³⁰⁰. Será sob essa perspectiva que se abordará o tema. E, portanto, para muito além de direitos que são apenas insertos na relação laboral, a proteção à vida privada representa um direito não especificamente trabalhista, mas que é constitucionalmente garantido a qualquer ser humano - direito fundamental não especificamente laboral.

O resguardo da vida privada assume expressões relevantes no âmbito das relações jurídico-laborais, vez que alguns direitos fundamentais expõem-se a "situações de compressão ou mesmo lesão grave"³⁰¹. António de Lemos Monteiro Fernandes leciona as várias circunstâncias que concorrem:

"primeiro, a de a relação de trabalho ser uma relação de poder de uma pessoa sobre outra, sendo que esse poder é, ele próprio, juridicamente revestido e dotado de instrumentos que podem ser usados de várias maneiras; *segundo*, a de à subordinação jurídica se associar, normalmente, a dependência económica, o que acresce a vulnerabilidade de um dos personagens da relação de trabalho relativamente ao interesse económico e às restantes motivações possíveis do outro; *terceiro*, a de a relação de trabalho ser, por natureza, limitativa da liberdade de acção do trabalhador (liberdade de movimentos no espaço, liberdade de organização do tempo) e confinante, quando não abertamente conflitante, com outras esferas da existência pessoal dele, nomeadamente a familiar; e *quarto* a de a execução do contrato de trabalho envolver uma implicação profunda da pessoa do trabalhador, nas suas várias dimensões, que não apenas as técnico-profissionais" ³⁰².

Lembra o citado autor que muitos dos direitos fundamentais consagrados na CRP para os cidadãos em geral foram transpostos ao domínio especificamente laboral pelo Código de Trabalho de Portugal - CTP, notadamente, nos artigos 14.º ao 22.º, ressaltando que a "transposição" não se fazia necessária, sendo suficiente constar do texto constitucional³⁰³.

³⁰⁰ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho - **Op. Cit.** p. 148. No mesmo sentido, Amadeu Guerra afirma que "Impõe-se, por isso, que o trabalhador seja visto, desde logo, como cidadão a quem a lei reconhece a titularidade direitos fundamentais e que não pode ser privado desses direitos só pelo facto de celebrar um contrato de trabalho. O tribunal Constitucional espanhol desenvolve essa ideia quando refere que <<a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a constituição lhe reconhece como cidadão, pois nem as organizações empresariais estão inseridos em mundos separados e estanques do resto da sociedade, nem a liberdade de empresa prevista no artigo 38.º do texto condicional legítima que aqueles que prestam serviços naquelas, por conta e na dependência de seus titulares, devo suportar esbulhos transitórios ou limitações e justificada dos seus direitos fundamentais>>". GUERRA, Amadeu - **Op. Cit.** p. 37.

³⁰¹ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do trabalho**. 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 193.

³⁰² *Idem - Ibidem.*

³⁰³ *Idem - Op. Cit.* p. 195. Pondera, contudo, que ao ocorrer a transposição, houve a criação de "novas referências para a definição dos comportamentos devidos pelas partes", além de definir "condições ou limitações derivada do enquadramento organizacional em que vão operar". *Idem. Op. Cit.* p. 195-196.

O CTP prevê, em seu artigo 16.º, sem correspondência na Consolidação das Leis Trabalhistas do Brasil, que "O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos da personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada" (nº 1).

No mesmo sentido, o número 2, do artigo supra referido, o qual prevê que "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, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas" (nº 2) ³⁰⁴. Guilherme Machado Dray ressalta que esse elenco não é exaustivo "pelo que o direito em causa poderá envolver outros aspectos merecedores de idêntico grau de tutela."³⁰⁵

Na sequência, o artigo 17.º, do CTP, estabelece, no item 1, que o empregador não poderá requerer do candidato a emprego ou a trabalhador informações a respeito da vida privada deste, excetuando-se as verdadeiramente necessárias e importantes para avaliar a aptidão para cumprimento do contrato de emprego e fornecida por escrito e devidamente fundamentada.

Assim sendo, Guilherme Machado Dray³⁰⁶ ressalta que o empregador não deve solicitar do pretendo futuro empregado informações sobre sua vida privada. Pondera, não obstante, que se trata de um princípio que não é absoluto, admitindo limitações. No caso da alínea a) do n.º 1 do artigo 17.º do CTP, o empregador só poderá exigir as informações estritamente necessárias para avaliar a aptidão para execução do contrato de emprego. Em contrapartida, deverá fornecer ao trabalhador, por escrito, o fundamento invocado para a exigência. Situação típica da certidão de registros criminais.

Teresa Alexandra Coelho Moreira lembra que é na fase pré-contratual que podem ocorrer as maiores violações aos direitos fundamentais dos futuros empregados, requerendo uma melhor salvaguarda contra a intromissão na vida particular do candidato³⁰⁷.

A fase de ajustes da contratação do candidato a emprego pode ser avaliada de diversas formas. Pela visão empresarial, o que interessa é o lucro, a redução de custos e a competitividade de seus produtos, devendo admitir o trabalhador que, além de qualificado,

³⁰⁴ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. p. 30.

³⁰⁵ MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme Machado; SILVA, Luís Gonçalves da - **Código do Trabalho anotado**. p. 152.

³⁰⁶ *Idem* - **Op. Cit.** 155.

³⁰⁷ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. p 148.

represente menores custos e riscos³⁰⁸. Não levam em consideração, todavia, que o risco do empreendimento é do empregador, não podendo ser transferido.

Neste contexto, o direito ao esquecimento representa a possibilidade de que algumas informações/dados³⁰⁹ referentes aos empregados possam ser esquecidos e não exigidos pelos futuros empregadores no ato da contratação, como a mudança de sexo, a alteração do nome e, diretamente ligada ao presente trabalho, a certidão de registros criminais, dentre tantos outros exemplos possíveis.

Amadeu Guerra prevê o direito ao esquecimento aplicado à seara trabalhista especificamente no que tange à solicitação de certidão de registros criminais e lembra que uma das justificativas da liberdade do cidadão tem relação com o direito ao esquecimento, por este representar um fator de reabilitação e apresentar-se, em alguns casos, como o único meio capaz de evitar a estigmatização ou a discriminação dos titulares dos dados³¹⁰. Logo, o direito ao esquecimento ou de ser esquecido pode ser aplicado nas relações de emprego, inclusive nas tratativas para a formação do contrato.

Assim, o desafio da investigação é analisar o direito fundamental de defesa - direito ao esquecimento, como garantidor de facetas da vida privada do futuro empregado, em contraposição ao direito fundamental à informação/investigação³¹¹ do empregador - livre iniciativa e à propriedade, havendo o choque de interesses. Entretanto, como os direitos jusfundamentais são relativos, podem sofrer restrições e/ou ponderações a fim de solucionar o conflito, o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

³⁰⁸ GOSDAL, Thereza Cristina - **Antecedentes criminais e discriminação no trabalho**. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2015]. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1482859

³⁰⁹ Ressalta M^a Begoña López Portas que o Tribunal de Justiça da União Europeia ampliou os sujeitos aplicáveis e entendeu que a proteção de dados relativas a pessoas físicas reguladas na então Diretiva 95/46/CE, amparada no art. 8º, da CEDH, também "es extensible a los datos referentes a ciertas categorías de personas, como son los empresarios individuales —ya que en sus relaciones profesionales pueden acceder a informaciones personales del trabajador sin llegar a menoscabar su intimidad personal. PORTAS, M^a Begoña López - **Op. Cit.** p. 162/162

³¹⁰ GUERRA, Amadeu - **Op. Cit.** p. 70.

³¹¹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 71: "Tem de se encontrar uma solução de compromisso razoável entre a lealdade, a necessidade absoluta de conservar e defender as raízes a pessoa humana - artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa - e o direito fundamental da liberdade de reconhecer e investigar - artigo 42.º do mesmo Diploma. [...] O princípio da liberdade de investigação não é nem geral nem absoluto; não prevalece sobre o respeito dos outros direitos fundamentais da pessoa".

CAPÍTULO III

3. CONFLITO DE INTERESSES

3.1. POSSIBILIDADE DE CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Destaca José Carlos Vieira de Andrade que os conflitos são inevitáveis, devendo ser considerados como típicos do sistema, e surgem com maior ocorrência devido à extensão do alcance e da intensidade que foi dada à tutela dos direitos fundamentais pela jurisprudência e pela doutrina³¹².

Como marco para a ideia central, traz-se o momento histórico no qual o positivismo jurídico quebrou a ideia do direito natural para prevalecer a concepção do direito escrito, baseado no homem como centro da atenção. Seus principais defensores são Hans Kelsen e H. L. A. Hart e sustentam que o Direito baseia-se exclusivamente em regras. Contrários a essa ideia e expoentes da nova concepção, Ronald Dworkin e Robert Alexy defendem a existência dos princípios e das regras nos sistemas jurídicos.

A divisão das normas em princípios e regras³¹³ representa uma das "colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais"³¹⁴. Robert Alexy sublinha que a diferença entre as regras e os princípios é qualitativa, e não sendo de grau, com distinção estrutural, contrapondo-se à concepção de que não existiriam distinções claras entre as duas modalidades³¹⁵. Para o citado autor, os princípios distinguem-se das regras por possuírem um

³¹² ANDRADE, José Carlos Vieira - **Op. Cit.** p. 321.

³¹³ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 80.

³¹⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 85.

³¹⁵ FARIAS, Edmilson Pereira de - **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 25. Robert Alexy fala sobre a existência de 3 teses para explicar a distinção entre regras e princípio. A primeira leva em conta apenas a diversidade de existente. A segunda, a diferença de grau. E a terceira, defendida pelo autor e majoritariamente aceita, não existiria apenas uma diferença de grau, mas uma diferença qualitativa. ALEXY, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90. Para José Joaquim Gomes Canotilho a distinção entre regras e princípios passam pelos seguintes critérios: "[...] a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por ser levados em determinado, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa; c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) *<<Proximidade>> da ideia de direito*: os *princípios* são *<<standards>>* juridicamente vinculante radicados na exigência de *<<justiça>>* (Dworkin) ou na *<<ideia de direito>>* (Larez); as *regras* Podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base e constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamental". CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1144-1145.

grau de generalidade mais alto, ao passo que as regras deteriam um nível relativamente baixo³¹⁶.

As regras constituem-se em normas que sempre são satisfeitas ou não³¹⁷, "garantindo direitos ou impondo deveres definitivos"³¹⁸, aplicadas pela subsunção do fato à norma, garantem ou se impõem deveres definitivos³¹⁹. O conflito entre regras³²⁰ só é resolvido com a existência de uma cláusula de exceção ou pelo reconhecimento do âmbito de invalidade de uma das regras³²¹. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que, no conflito entre regras, não há espaço para outra resolução, visto que, se uma regra é válida, deve ser cumprida na medida de suas prescrições, não podendo ser mais nem menos³²².

Ronald Dworkin³²³ advoga que as regras podem ser utilizadas na perspectiva do tudo-ou-nada (*in all-or-nothing fashion*). Ao estabelecer determinada situação ou determinado fato, a regra só pode ter duas situações: válida, o fato deve ser por ela regido e aceito, ou inválida, não sendo aplicada para a decisão. Assim, ao entrarem em conflito, uma das regras não é válida e não deve permanecer no ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin foi o primeiro a reconhecer a existência dos princípios e assim os conceitua: "um modelo (*standard*) que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"³²⁴.

Para Robert Alexy³²⁵, os princípios são espécies de normas que determinam que algo seja feito na maior dimensão possível dentre as opções fáticas e jurídicas existentes. São "mandamentos de otimização" que se satisfazem em graus variados, garantindo direitos ou impondo deveres *prima facie*³²⁶. No caso de choque de princípios, um deles irá ceder, não

³¹⁶ ALEXY, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 87.

³¹⁷ *Idem* - **Op. Cit.** p. 91.

³¹⁸ SANTOS, Fernanda dos Santos - **Op. Cit.** p. 22.

³¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da - **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª. ed. 3ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p.45.

³²⁰ No Direito brasileiro, são utilizados três critérios para solução do conflito entre regras: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. SILVA, Virgílio Afonso da - **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 48-49.

³²¹ ALEXY, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 92.

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1145.

³²³ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 39 e 43.

³²⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 36.

³²⁵ ALEXY, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93.

³²⁶ Virgílio Afonso Da Silva adverte que "um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado". Contudo, em virtude da "impossibilidade da existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes", sendo essa a distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo para o referido autor. SILVA, Virgílio Afonso da - **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p.140.

significando que o princípio cedente, ao contrário das regras, será declarado inválido ou que haverá uma cláusula de exceção³²⁷. Assim, um dos princípios precederá ao outro em determinadas condições³²⁸, ocorrendo a definição de relações condicionadas de precedência³²⁹, conforme as peculiaridades do caso.

A dogmática jurídica constitucional atual aceita a existência de princípios, os quais lograram a posição de norma jurídica, superando a ideia inicial de que teriam apenas uma dimensão axiológica, ética, sem qualquer eficácia jurídica ou mesmo aplicabilidade imediata e direta³³⁰ e o reconhecimento de "sua *normatividade*"³³¹.

Paulo Bonavides³³² acrescenta que os princípios são valores fundamentais, que regem a Constituição e toda a ordem jurídica. Não se configuram em leis apenas, mas no Direito em si, abarcando sua substancialidade, plenitude, extensão e abrangência. Concebem-se normativamente, vale dizer, possuem amplitude de norma e concretizam-se em uma perspectiva valorativa.

Logo, sendo as Constituições de Portugal e do Brasil um agrupamento estruturado de regras e de princípios, com amparo no consenso social dos valores indispensáveis, estando os princípios no topo da hierarquia normativa, "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição"³³³.

No pós-positivismo, as Constituições passam à posição central dos ordenamentos jurídicos com pauta axiológica validada nos princípios de Direito³³⁴. Figuram-se como base conceitual-normativa superior, de onde derivam valores humanísticos fundamentais que servem para estruturação e a confrontação do Direito contemporâneo, servindo, inclusive, para criar e sustentar a unidade política.

José Joaquim Gomes Canotilho pondera que:

*"o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um **sistema normativo aberto de regras e princípios**. [...] (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de*

³²⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93.

³²⁸ *Idem - Ibidem*.

³²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da - **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 50.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto - Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). BARROSO, Luís Roberto. Org. In **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 337.

³³¹ *Idem - Op. Cit.* p. 29.

³³² BONAVIDES, Paulo - **Op. Cit.** p. 260.

³³³ *Idem - Op. Cit.* p. 265.

³³⁴ *Idem - Op. Cit.* p. 260.

aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas as concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*, (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sobre a forma de *regras*.³³⁵

Da mesma forma, o sistema jurídico constitucional do Brasil é composto de regras e princípios. Os direitos fundamentais insertos nos artigos 24.º e seguintes da CRP e artigo 5.º e seguintes da CF apresentam-se na modalidade de regras³³⁶, tendo, com isso, condições de proporcionar maior proteção aos seus titulares. Todavia, não perdem o carácter principiológico, advindo da essência de princípio-garantia, auferido pelo princípio da dignidade da pessoa humana³³⁷, valor máximo e estruturante dos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

Os princípios constitucionais³³⁸ representam a estrutura do sistema jurídico abarcando toda a hermenêutica. O mesmo acontece com os direitos fundamentais, sendo, inclusive,

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1143

³³⁶ Wilson Antônio Steinmetz destaca que "os direitos fundamentais têm natureza principal decorre da sua dimensão objetiva. Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer 'direito fundamental de liberdade' quanto 'princípio de liberdade', 'direito fundamental de igualdade' quanto 'princípio de igualdade'. A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que direitos fundamentais são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas." STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Paraná: Universidade Federal de Paraná, 2000. 251 f. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 138-139.

³³⁷ "Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (individual) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais. É dizer que a dignidade se projecta no indivíduo enquanto ser autónomo, e como membro da comunidade - são direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrador. [...] Pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos àquele princípio. Assim, alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade, que modela todo o conteúdo deles: o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos pessoais, são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos. Outros direitos decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos (diríamos, com o sentido e com as reservas atrás respostas, direitos *naturais*) ou então completam-nos como explicitações do segundo grau, medidas pela particularidade das circunstâncias sociais e económicas, políticas e ideológicas: o conteúdo do direito de resposta, da liberdade de empresa, do direito à férias pagas, dos direitos habitação, à saúde, à segurança social e à cultura dependem de opções políticas estruturais e até, por vezes, de estratégias conjunturais. Mas, ainda aí, é o princípio da dignidade da pessoa humana que está, nos tempos actuais, na raiz da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais." ANDRADE, José Carlos Vieira - **Op. Cit.** p. 102-103.

³³⁸ José Joaquim Gomes Canotilho destaca a importância da tendência "principalista" na perspectiva teórico-jurídica para o sistema constitucional "não só porque fornece suporte e segurança para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *infra*, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e encaminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da <<textura aberta>> dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e dispõem da capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreve-se na *referência sociológica* dos princípios e valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode-se dizer que a individualização dos princípios-norma

garantia da formação e existência do Estado Democrático de Direito. Para Susana de Toledo Barros³³⁹, os direitos fundamentais, ainda que expressos na forma de regras, retornam à condição de princípios, pelo valor, interesse e/ou bem jurídico que preservam. São normas jusfundamentais, com caráter principiológico e representam a base do ordenamento jurídico.

Jorge Reis Novais enfatiza que os direitos fundamentais não são constitucionalmente consagrados na forma de "regra", com caráter definitivo e absoluto, mas se apresentam como garantias jurídicas *sui generis*, modernamente caracterizadas como portadoras de natureza de princípio, "com um sentido normativo frequentemente vago, genérico, de percepção não imediata do seu conteúdo normativo ou, pelo menos, de sentido não inequívoco quanto às consequências jurídicas efectivamente impostas ou comportadas"³⁴⁰.

Assim, quer se considere como regra ou como norma *sui generis*, prepondera, na doutrina e na jurisprudência, que os direitos fundamentais detêm natureza ou caráter de princípios.

José Joaquim Gomes Canotilho é enfático ao dizer que a Constituição de Portugal - e como é o caso da do Brasil - constitui-se em "um sistema aberto de princípios"³⁴¹, o que provoca, de pronto, a possibilidade de existir conflito entre os princípios organizacionais e/ou entre os outros também princípios constitucionais, quer sejam gerais e/ou especiais³⁴².

Os direitos fundamentais não são ilimitados e/ou absolutos, admitindo tensões ou antagonismos entre eles e a necessidade de se acolher que os princípios não seguem a lógica de tudo ou nada, nos casos de choque/conflito, mas podem ser objeto de concordância prática e ponderação, levando em consideração seu peso e as circunstâncias fáticas³⁴³.

permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo a concretização metódica quer se trata de um texto constitucional garantístico (ex.: a leitura principal R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex.: Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988). CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1147-1148.

³³⁹ BARROS, Suzana de Toledo - **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155.

³⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I. p. 99.

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1166.

³⁴² José Joaquim Gomes Canotilho ressalta a importância de se perceber que a Constituição é o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, os quais comportam ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. "O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador". *Idem - Ibidem*.

³⁴³ *Idem - Ibidem*. Importa diferenciar o choque da concorrência de direitos fundamentais. Esta consiste na possibilidade de um comportamento do titular abranger um âmbito de proteção de vários direitos fundamentais (cruzamento) ou um determinado bem jurídico englobar a possibilidade do exercício acumulativo de vários direitos fundamentais conexos entre si (acumulação). José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1252. No mesmo sentido, FARIAS, Edmilson Pereira de - **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. 287 f. Tese de Doutorado em Direito, p. 37. Nestas situações, há somente um titular e dois ou mais direitos

O conflito de interesses encontra-se no plano axiológico, não havendo espaço para prevalência de um direito, bem ou valor, em relação ao outro. Para a solução, far-se-á o sopesamento dos jurídicos interesses em colisão/choque visando a harmonização para garantir uma solução que permita a menor restrição possível.

A fim de se reconhecer a existência de conflito entre direitos fundamentais, deve-se aceitar que eles permitem à pessoa postular prestações positivas ou negativas contra o Estado e contra outra pessoa nas relações privadas e a possibilidade de redução dos direitos fundamentais. As limitações legítimas decorrem de exigência do texto constitucional ou nas situações em que os direitos fundamentais chocam entre si (*stricto sensu*) ou quando colidem com um princípio constitucional (*lato sensu*).

Edmilson Pereira de Farias defende que aconteceria a colisão de direitos fundamentais quando: (i) a realização de um direito fundamental choca com a de outro direito de igual natureza (sentido restrito); (ii) o emprego de um direito fundamental conflita com a urgência de preservação de interesses ou bens coletivos salvaguardados nos textos constitucionais (sentido amplo)³⁴⁴.

Assim, acontecerá o conflito de direitos fundamentais em sentido restrito quando a efetivação de um direito desta natureza por seu titular tiver consequências negativas sobre o direito também fundamental de outrem, podendo tratar-se de diversos direitos fundamentais ou de iguais³⁴⁵. Edmilson Pereira de Farias resume como sendo caracterizado "quando o pressuposto de fato ou âmbito de proteção de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental"³⁴⁶.

Ocorre choque em sentido amplo quando os direitos fundamentais de um indivíduo, quer singular ou coletivamente, disputam com interesses da sociedade, também consagrados pela lei maior, tais como: família, patrimônio cultural, segurança pública, saúde pública, dentre outros.

Assim, amparado nas lições de Jorge Reis Novais, pode-se dizer que os direitos fundamentais por natureza são providos de imanente reserva geral de ponderação com outros

fundamentais protegidos por normas constitucionais que podem ser utilizadas para a subsunção da conduta ou comportamento do titular. STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 55.

³⁴⁴ FARIAS, Edmilson Pereira de - **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**.p. 37.

³⁴⁵ ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: nº 217 (Jul./Set. 1999), p. 68-69.

³⁴⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 38. E cita como exemplo uma situação muito semelhante a que se analisa na presente dissertação: "[...] o exercício da liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com os direitos personalíssimos (CF, art. 5º, X); [...]"

valores, princípios, bens ou direitos, cuja igual imprescindibilidade e dignidade de defesa exigem compromisso de cedência, derrogação, possibilidade ou compatibilização recíprocos³⁴⁷.

3.2. RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy destaca que a concepção de possibilidade de redução³⁴⁸ de direitos fundamentais é natural, por não serem intangíveis. Destaca, entretanto, que o problema está "na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na discussão entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações"³⁴⁹ - configuradoras³⁵⁰. Pondera que são restringíveis os valores salvaguardados por direitos dessa grandeza e as situações *prima facie* resguardadas por princípios fundamentais³⁵¹.

Dessa forma, por não serem ilimitados ou absolutos, os direitos fundamentais comportam restrições a fim de dar resolução ao fenômeno de colisão destes e podem ser de duas ordens. A primeira, dirigida diretamente ao legislador, onde se afiguram os casos de limitação aos direitos fundamentais através de normas, ou, não sendo possível, a segunda, pelo Poder Judiciário, existindo sempre um núcleo mínimo a ser respeitado.

O conteúdo essencial

³⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I. p. 99.

³⁴⁸ "[...] restrições de direitos fundamentais são normas que restringem uma posição a *prima facie* de direito fundamental. [...] Uma norma somente pode ser uma restrição ao direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição." ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 281.

³⁴⁹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 276. Jorge Reis Novais entende genericamente por restrição "[...] acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades e 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 de sua garantia e promoção resultam para o Estado". NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6, p. 157.

³⁵⁰ Ao se referir sobre as modalidades de atuação do legislador sob a forma de lei, Wilson Antônio Steinmetz aponta a existência de normas legais restritivas e conformadoras, afirmando que estas "[...] completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental'. Em outras palavras, são normas legais que '[...] pretendem completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais'. A configuração pressupõe uma insuficiência ou déficit material do direito fundamental que impossibilita a sua máxima otimização ou prejudica a possibilidade de aplicação de seu sentido prescriptivo". STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 11. Para um maior aprofundamento sobre o tema ver ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 276 e ss; e NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. p. 172 e ss.

³⁵¹ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 281.

O conteúdo primordial dos direitos fundamentais pode ser elucidado por dois grupos de teorias, que se subdividem em objetiva e subjetiva, e absoluta e relativa.

De acordo com Robert Alexy³⁵², só se aceita a restrição de direito fundamental, no caso concreto, se ao princípio em choque for imputado um peso maior que ao conferido ao princípio a ser limitado. Para o citado autor, pelo fato dos direitos fundamentais representarem primariamente posições do indivíduo, em seu caráter individual, implica reconhecer que a teoria subjetiva deve surgir, ao menos, paralelamente com a teoria objetiva.

Para a teoria subjetiva, o núcleo ou conteúdo primordial garante a proteção do direito fundamental da pessoa, na medida em que não admite o sacrifício de um direito subjetivo a ponto de deixar de ter significado³⁵³.

Uma outra classificação, quanto ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é representada pela tese que interpreta em um sentido absoluto ou relativo³⁵⁴. Segundo José Carlos Vieira de Andrade³⁵⁵, para a teoria absoluta, o conteúdo essencial representa um núcleo peculiar de cada direito intocável e determinável em abstrato, e acrescenta que cada princípio de direito fundamental possui seu núcleo, não sendo possível intervir em qualquer hipótese³⁵⁶.

A teoria relativa reconduz o núcleo essencial aos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade, estabelecendo que é legítima a restrição quando for imprescindível para satisfazer outro bem jurídico e/ou direito resguardado constitucionalmente e de mais valia, o que levaria à obrigação de harmonização de bens jurídicos³⁵⁷. Enfatiza José Carlos Vieira de Andrade que o conteúdo essencial se configura em um limite fixo, uma proibição absoluta e/ou um mínimo de valor inatacável³⁵⁸.

Partidário da teoria relativa, Robert Alexy defende que o conteúdo essencial é representado pelo que resta depois do sopesamento³⁵⁹, garantido pela proporcionalidade, e só podendo ser aferido em situação concreta. Afirmo que, quando a teoria absoluta defende que existem situações em relação às quais não há fundamentos mais importantes que justifiquem

³⁵² *Idem* - **Op. Cit.** p. 296-297.

³⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. p. 449.

³⁵⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 296.

³⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 304. Salienta que para alguns autores o núcleo essencial corresponderia a projeção da dignidade em cada direito e seria afetado sempre que o indivíduo se tornar-se objeto de acontecer estadual ou representaria medida de valor social global que teria sempre de sobrar depois de restrição. *Idem* - **Ibidem**.

³⁵⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 298.

³⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Op. Cit.** p. 304-305.

³⁵⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 305.

³⁵⁹ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 297.

sua limitação, está correta, em certa medida. Porém, ao assim proceder, esteia-se na teoria relativa³⁶⁰.

Seguindo a mesma linha, José Joaquim Gomes Canotilho expressa que o núcleo essencial - na perspectiva da teoria relativa - é encontrado na ponderação de interesses, representando a parte de um direito fundamental que prepondera mesmo na existência de outros bens ou direitos resguardados constitucionalmente e com ele conflitantes³⁶¹.

Considera Jorge Reis Novais, da mesma forma, que há violação ao conteúdo essencial do direito fundamental quando a sujeição desse conteúdo extrapola o que é incondicionalmente imprescindível pela premência de continuação do bem que fundamenta e justifica a restrição³⁶². Destaca o autor que se deve perquirir qual a relação que se constitui entre os interesses em choque, bem como entre o fim buscado com a contenção e o meio utilizado. Aceita que ocorrerá lesão ao núcleo essencial ao se verificar que haja excesso, desproporcionalidade, desnecessidade, independente da quantidade que resista do direito fundamental após a redução³⁶³.

Assim, para Jorge Reis Novais, na teoria relativa, a garantia do núcleo essencial identifica-se com o princípio da proporcionalidade na perspectiva do sopesamento de bens/interesses, uma vez que só se pode limitar direitos fundamentais quando necessários para garantia de um outro bem mais valioso, sempre de forma não excessiva³⁶⁴.

Restrições a direitos fundamentais pelo legislador

As restrições legislativas são sempre de índole constitucional. Assim, ou são normas de hierarquia constitucional (restrições diretamente constitucionais) ou normas infraconstitucionais, cujas criações são autorizadas por normas constitucionais (restrições indiretamente constitucionais), podendo as autorizações ser ou não escritas³⁶⁵ e configuram-se em normas restritivas ou configuradas³⁶⁶.

³⁶⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 300.

³⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. p. 632.

³⁶² NOVAIS, Jorge Reis - **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. p. 781.

³⁶³ *Idem* - **Ibidem**.

³⁶⁴ *Idem* - **Ibidem**.

³⁶⁵ *Idem* - **Op. Cit.** p. 286.

³⁶⁶ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 124 e ss. No mesmo sentido, STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 11. No que se refere ao tipo de reserva, a presente investigação não abará por não tem importância direta para a solução do problema, mas pode ser encontrada também nas duas obras acima referida, respectivamente, p. 124 e ss e 10 e ss.

Com fim de evitar possíveis abusos nas leis que limitam direitos fundamentais, a doutrina constitucionalista tenta desenvolver critérios racionais para que estes direitos não sejam restringidos de forma a perder a importância para a pessoa, a maioria delas ou para a sociedade³⁶⁷.

O primeiro ponto a ser destacado é o respeito ao núcleo essencial. Independente da teoria que se vincule, na limitação dos direitos fundamentais ter-se-á que observar o conteúdo essencial destes direitos e a ele também obedecer, fazendo a Constituição Portuguesa referência à necessidade de que a restrição obedeça à máxima da proporcionalidade (art. 18.º, 2)³⁶⁸.

As normas redutoras de direitos fundamentais detêm outro limite que consiste na máxima ou princípio da proporcionalidade, onde se veda o excesso, de modo que a autorização constitucional conferida ao legislador constituinte ou ordinário, para impor restrição à direito fundamental, não se mostre desarrazoada ou desproporcional. A máxima da proporcionalidade exige que a lei reducionista utilize os meios pertinentes e necessários aos fins buscados e sopesa os interesses ou bens jurídicos protegidos pelo texto constitucional em questão³⁶⁹.

Grande discussão doutrinária existe na possibilidade de restringir direitos onde o texto constitucional não previu a reserva de lei³⁷⁰. Wilson Antônio Steinmetz afirma que, para alguns doutrinadores, o legislador não poderia intervir, não sendo lícita a limitação de direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei. Cita, como exemplo, Müller, para quem os verdadeiros limites são os estabelecidos pelo legislador pela reserva de lei; os que não possuem reserva de lei podem ser delimitados apenas pela interpretação constitucional.³⁷¹

Em seguida, cita autores que aceitam a limitação, sem que do texto constitucional haja a reserva expressa de lei e afirma que na situação "cabe ao legislador selecionar e modelar os limites imanentes traçados pela própria Constituição, observando-se a vinculação aos direitos fundamentais, o seu conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade"³⁷².

A situação torna-se uma pouco mais delicada em Portugal, onde alguns direitos fundamentais não possuem reserva de lei e o artigo 18.º, n.º 2 da CRP prevê que "a lei só pode

³⁶⁷ *Idem - Ibidem.*

³⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira - *Op. Cit.* p. 306.

³⁶⁹ *Idem - Op. Cit.* p. 116-117.

³⁷⁰ "O reconhecimento dos **limites imanentes** é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens". CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* p. 1259.

³⁷¹ STEINMETZ, Wilson Antônio - *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.* p. 34.

³⁷² *Idem - Op. Cit.* p. 49.

restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição [...]”. À primeira leitura e com uma interpretação literal, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais sem reserva de lei não podem ser restringidos.

Ao se referirem às limitações não autorizadas expressamente pela Constituição e conhecidas tradicionalmente como limites imanentes, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam que devem sempre implicitamente decorrer de seu texto, designadamente por efeito de colisões de direitos fundamentais. Apontam três imposições a serem respeitadas: a) que a lei se limite a revelar ou a concretizar reduções que, de alguma forma, estejam presentes no texto constitucional, sendo inadmissível a criação de limite supostamente imanente; b) que a restrição efetiva seja o único meio de solucionar os conflitos entre os direitos constitucionais de igual natureza; c) que as reduções se operem na medida necessária à superação do conflito³⁷³.

Já José Carlos Vieira Andrade³⁷⁴ sublinha, considerando que mesmo os direitos fundamentais conferidos sem reserva de lei podem, no caso concreto, entrar em conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos, que a solução poderia ser encontrada a partir de recurso interpretativo ou integrativo do artigo 29.º, 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual autoriza o legislador, por meio de lei, a restringir direitos e liberdades da pessoa humana com fim exclusivo de resguardar o reconhecimento e o respeito das liberdades e dos direitos de outrem, sendo previsto no artigo 16.º, item n.º 2, da CRP³⁷⁵.

Também sublinha José Carlos Vieira Andrade que outra solução possível poderia advir da admissão de existência de restrições implícitas, as quais derivariam da necessidade de resguardar outros interesses, bens, valores ou direitos protegidos constitucionalmente (artigo 18.º, 2, da CRP³⁷⁶). Ressalta que, nessa situação, a lei fundar-se-ia em princípios e não em preceitos constitucionais.

³⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 389. Importante destacar que segundo os autores nos hipótese de limitações sem reserva de lei, só podem ser "regulados por lei de AR ou, nos termos do art. 165º, por decreto-lei governamental devidamente autorizado [...]" *Idem* - **Op. Cit.** p. 396. No mesmo sentido, GUERRA, Amadeu - **Op. Cit.** p. 87.

³⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira - **Op. Cit.** p. 300.

³⁷⁵ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. "Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. **Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.**" Destacou-se.

³⁷⁶ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. "Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos

Embora a Constituição brasileira não preveja a norma de impossibilidade de limitação como consta no preceito da Constituição Portuguesa acima referido, a grande maioria não possui reserva de lei. No entanto, a possibilidade de limitação pelo legislador é pacífica³⁷⁷.

Restrições a direitos fundamentais pelo Judiciário

É fato que o legislador constituinte ou infraconstitucional está legitimado a restringir direitos fundamentais, dispondo regras abstratas para resolver as hipóteses de conflitos de interesses concretos. Não é possível, todavia, antever toda a gama de choques que podem advir, principalmente na era da informação, o que torna inevitável a busca pelo Poder Judiciário para solucionar a tensão³⁷⁸.

A atuação do Poder Judiciário pode advir de um conflito direto de direitos fundamentais constitucionalizados ou decorrer de situações abarcadas por uma norma protetiva de direitos fundamentais onde restará ao Judiciário interpretar e aplicar a lei aos casos de atrito previstos pelo legislador³⁷⁹, ou seja, verificar, no caso concreto, se estão presentes os requisitos necessários para aplicação da preferência estabelecida em lei para um dos bens jurídicos.

Jorge Reis Novais³⁸⁰ sublinha importante destaque na atuação do Judiciário ao referir-se ao controle de constitucionalidade feito pelo legislador das decisões de ponderação afetadas quando desvantajosas e sem reserva prevista pela Constituição. Nessa perspectiva, o autor registra as discussões acerca da possibilidade constitucional de controle da escolha por parte do poder judicial. Afirmar que a controvérsia permeia:

"em primeiro lugar, quais os parâmetros constitucionais que as vinculam materialmente e quais os poderes constituídos a que se reconhece competência para as tomarem e, em segundo lugar, se e com que alcance as instâncias judiciais dispõem de parâmetros constitucionais de controle que lhes permitam, de forma funcionalmente adequada, invalidar e substituir as decisões restritivas das instâncias

expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao **necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos**." Destacou-se.

³⁷⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 50.

³⁷⁸ Suzana Toledo Barros faz referência a doutrinadores isolados que não aceitam a possibilidade de intervenção pelo Poder Judiciário, defendendo a legitimidade exclusiva do legislativo em realizar a ponderação de valores. BARROS, Suzana de Toledo - **Op. Cit.** p. 171. Contudo, tal discussão não serve para Portugal e para o Brasil posto que nas duas normas constitucionais se prevê o controle jurisdicional de constitucionalidade.

³⁷⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 64.

³⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. p. 564.

políticas baseadas em ponderação de bens pelos seus próprios juízos de valoração e ponderação."³⁸¹

Wilson Antônio Steinmetz defende que, dentre os poderes do Estado, o Judiciário é o mais atuante na resolução dos conflitos de direitos fundamentais, tendo em vista que: a ele compete apreciar qualquer questão a si submetida (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional); a colisão sempre acontece no caso concreto e a impossibilidade do legislador de antever todas as hipóteses de choque³⁸².

3.3. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO DOS CASOS CONCRETOS

Hermenêutica constitucional e os princípios da interpretação constitucional

A partir da segunda metade do século XX, a interpretação das normas constitucionais foi elevada a um dos mais relevantes e decisivos problemas da ciência jurídica. Independente do objeto de perquirição em direito constitucional, quer seja sobre os princípios, os direitos fundamentais, a jurisdição constitucional, a distribuição de competências etc., terá sempre relação direta ou indireta com a problemática da interpretação. Pérez Luño sublinha que "la interpretación constitucional posee una importancia decisiva en cualquier sistema democrático, especialmente en aquellos que cuentan con una jurisdicción constitucional"³⁸³, sendo exemplos Portugal e Brasil.

Wilson Antônio Steinmetz ressalta a importância do tema ao lembrar que, sem interpretação, uma constituição é apenas uma norma sintática, uma justaposição de enunciados linguísticos e, enquanto tais, sem relevância para a vida social. Nessa perspectiva, a interpretação é uma atividade de aproximação entre o texto constitucional e a realidade sociopolítica. A interpretação e a aplicação é que "dão sopro vital à Constituição."³⁸⁴, ou seja, tem por objeto a própria Constituição e, por finalidade, tornar aplicável a norma constitucional aos casos concretos.

As técnicas tradicionais de hermenêutica não se apresentam como satisfatórias para solucionar a problemática advinda do Direito Constitucional pós-Segunda Grande Guerra

³⁸¹ *Idem - Ibidem.*

³⁸² STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 61.

³⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique - **Op. Cit.** p. 249.

³⁸⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 69.

Mundial. De forma especial, as situações de confronto de direitos fundamentais, visto que envolvem choques de interesses, bens e/ou valores amparados por normas constitucionais de idêntica hierarquia e nível de generalidade, *a prima facie*.

A interpretação constitucional abarca tanto o próprio texto constitucional, seus princípios e regras, quanto a legislação infraconstitucional em relação à Constituição³⁸⁵. Portanto, tem por objeto a própria constituição e como intenção deixar o texto constitucional aplicável a situações fáticas/sociais.

Uma interpretação constitucional deve considerar o fato de que essa codificação é o texto inicial da ordem jurídica, representando a razão de validade dos outros atos normativos por se achar no topo da hierarquia normativa. E suas normas possuem caráter aberto, amplo e genérico, o que possibilita abarcar uma pluralidade de situações e acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Ao mesmo tempo, são dotadas de caráter sintético e consagram valores, princípios e regras, representando opções políticas da sociedade³⁸⁶. Assim, a constituição perfaz-se no estatuto jurídico do fenômeno sociopolítico³⁸⁷.

Sintetiza José Joaquim Gomes Canotilho ao explicar que:

"sendo os preceitos constitucionais *modos* de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige *abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade*, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direcção política e uma adaptação concreta do programa constitucional"³⁸⁸.

Desse modo, interpretar a constituição é dar-lhe as condições para que possa ser utilizada diante das situações vivenciadas nas realidades fáticas, notadamente por possuir caráter aberto e constituir-se por conceitos indeterminados que servem de base para fornecer a elasticidade aos valores, princípios e regras escolhidos socialmente.

Princípio da unidade da constituição³⁸⁹

Consagrado na doutrina como um dos mais importantes princípios da interpretação constitucional, ele representa a necessidade de que as constituições sejam interpretadas para

³⁸⁵ Controle de constitucionalidade das normas.

³⁸⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro - **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes**. [Em linha]. [Consult. 08 janeiro. 2019]. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>

³⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 179.

³⁸⁸ *Idem* - **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 192-193.

³⁸⁹ Também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

evitar contradições entre seus dispositivos³⁹⁰, partindo do pressuposto da relação de interdependência entre todas as normas constantes dos textos das constituições.

O princípio da unidade da constituição constitui ponto de orientação ou fator hermenêutico de decisão que obriga o interprete a considerar o texto constitucional em sua integralidade, com a finalidade de harmonizar os conflitos entre as normas de uma constituição a se efetivar³⁹¹.

Não existe hierarquia normativa entre os preceitos constitucionais, pois todas as normas da constituição têm o mesmo valor e fazem parte do corpo constitucional³⁹². O princípio da unidade da constituição serve, portanto, de fundamento para toda restrição, pois exige que o legislador ou o operador do direito encontre uma solução que preserve a unidade constitucional, de forma a otimizar bens e interesses em colisão³⁹³.

Assim, na colisão de direitos, o aplicador deve compatibilizar sua escolha com o sistema constitucional. Os direitos fundamentais em confronto não devem ser apreciados separadamente, mas sim em consonância com o todo, sendo parte inseparável.

Princípio do efeito integrador³⁹⁴

O princípio do efeito integrador simboliza que a interpretação do texto constitucional deve efetivar os princípios políticos essenciais da constituição. Significa que, na resolução dos impasses jurídico-constitucionais, deve-se optar pelos critérios ou posições que beneficiem a agregação social-política e reforcem a unidade política constitucional³⁹⁵.

O princípio integrador é necessário, uma vez que as normas constitucionais são escolhas feitas pelo constituinte, representando os valores principais da sociedade. E de modo particular aos direitos fundamentais, por constituírem a parte material nuclear de uma constituição, cuja realização é imprescindível para a integração política e social³⁹⁶.

Princípio da máxima efetividade³⁹⁷

³⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1207.

³⁹¹ *Idem - Ibidem.*

³⁹² STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 89.

³⁹³ *Idem - Ibidem.*

³⁹⁴ Também conhecido como princípio da eficácia integradora.

³⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1208.

³⁹⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 91.

³⁹⁷ Também conhecido como princípio da interpretação efetiva.

Uma das máximas do direito é que este existe para realizar-se. Logo, o princípio da efetividade corresponde à ideia segundo a qual "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê."³⁹⁸. Representa a efetivação de sua função social.

O princípio em comento tem importância especial aos direitos fundamentais. Na falta do imperativo da efetividade, estes poderiam ser mitigados a "meras declarações políticas ou exortações morais, a uma retórica tão impressionante quanto vazia, com a pretensão de dar ares de civilidade a uma sociedade não-civilizada."³⁹⁹

Wilson Antônio Steinmetz⁴⁰⁰ frisa a importante faceta desse tipo de interpretação para o conteúdo dos direitos fundamentais. Advoga a interpretação restritiva ou minimizadora das limitações de direitos jusfundamentais, principalmente na hipótese de lei restritiva desses direitos. Sintetiza em dizer que a lei que reduz ou limita direitos fundamentais só pode ser interpretada restritivamente.

Princípio da conformidade constitucional⁴⁰¹

O princípio da conformidade constitucional visa impedir a alteração de repartição de funções concebidas constitucionalmente para sua concretização, de forma que, na interpretação, não alcance um resultado que modifique a estrutura organizacional estabelecida⁴⁰². José Joaquim Gomes Canotilho advoga que, atualmente, é aceito preponderantemente como um princípio autônomo de competência, mas que também interessa aos direitos fundamentais pela relevância que tem na avaliação de constitucionalidade das normas restritivas destes.

Princípio da força normativa da constituição

O princípio da força normativa de uma constituição perfaz em dar preferência na solução dos embates à que garanta a atualização normativa da Constituição. Para José

³⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1208.

³⁹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 93.

⁴⁰⁰ *Idem* - **Op. Cit.** p. 94.

⁴⁰¹ Também conhecido como princípio da justeza.

⁴⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1208.

Joaquim Gomes Canotilho, na resolução dos impasses jurídico-constitucionais, deve-se optar pelos critérios que atribuem para a excelente eficácia do texto fundamental. Assim, deve-se preferir os resultados interpretativos que, considerando a historicidade das organizações constitucionais, proporcionam a atualização normativa e, ao mesmo tempo, garantem eficácia e permanência⁴⁰³.

Para a teoria dos direitos fundamentais, tem especial importância porque a perda da força normativa implicaria um retrocesso destes direitos, voltando a simples declarações políticas, sem qualquer força vinculante. Representaria retornar ao tempo em que estes direitos estavam à disposição do legislador, tendo força jurídica somente quando efetivados através de lei.

Princípio da concordância prática⁴⁰⁴

O princípio da concordância prática é basilar aos direitos de natureza jusfundamentais. No momento em que estes são reduzidos aos seus núcleos essenciais, tal princípio impõe a coordenação e ajuste dos valores ou bens jurídicos em colisão, para evitar a total privação de um em detrimento de outros⁴⁰⁵.

Em outras palavras, os interesses e/ou valores constitucionalmente resguardados precisam ser combinados de maneira que, ao solucionarem o conflito, consigam que todos conservem sua identidade - conteúdo essencial.

É um princípio que harmoniza os direitos em conflito. Consagra a ideia de igualdade de valores dos bens constitucionais e estabelece limites e condicionantes mútuos, de forma a garantir uma harmonia/concordância prática entre os bens.

Princípio da interpretação das leis conforme a constituição

O princípio da interpretação das leis conforme a constituição corresponde à interpretação em que o aplicador do direito adota a forma mais favorável à constituição, considerando-a uma unidade, mas sem afastar a finalidade da lei. É essencialmente um

⁴⁰³ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1210.

⁴⁰⁴ Também conhecido como princípio da harmonização.

⁴⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1209.

princípio de controle e visa impedir que se utilize sentido diverso do que foi pretendido e que não comporte dúvidas quanto a sua escolha, considerando as acepções da norma⁴⁰⁶.

José Joaquim Gomes Canotilho sublinha que:

"no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programada norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem'* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais."⁴⁰⁷

E acrescenta que se deve fazer a interpretação conforme a constituição, associando todas as dimensões, de modo que se observe e aceite que: a) só existe legitimidade na interpretação conforme quando há espaço para decisão; b) se a interpretação for de encontro ao texto constitucional, obriga a rejeição por ser a norma inconstitucional; e c) a interpretação não pode resultar em uma regulamentação nova e distinta, devendo ser afastada por não ser o resultado pretendido pelo legislador⁴⁰⁸.

A máxima da proporcionalidade em sentido amplo e a ponderação de interesses

A máxima da proporcionalidade⁴⁰⁹

Normalmente nominado de princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso⁴¹⁰, e, ainda, razoabilidade ou a máxima da proporcionalidade, corresponde a

⁴⁰⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1210.

⁴⁰⁷ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1210-1211.

⁴⁰⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1211.

⁴⁰⁹ A doutrina constitucional utiliza como sinônimos várias expressões, a saber: "princípio da proporcionalidade" ou "mandamento ou princípio da proibição de excesso" (Europa continental); princípio da razoabilidade (preferida pelo sistema jurídico da *common law*). Robert Alexy prefere a locução "máxima da proporcionalidade" à expressão "princípio da proporcionalidade" uma vez que os princípios exigem sempre a ponderação para a sua aplicação, não sendo, portanto, um "princípio" nos termos defendidos em sua obra, posto que "a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que as vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. [...] 'enunciado jurídico passível de subsunção'. Portanto, a "máxima da proporcionalidade". ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 117, nota 84.

mandamentos de otimização que impõem realização de algo na maior proporção possível, considerando as condições fáticas e jurídicas da situação concreta⁴¹¹, obedecendo às máximas parciais da adequação, da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

José Joaquim Gomes Canotilho diz que, conquanto advenha do direito administrativo, como princípio geral de polícia, "o princípio da proporcionalidade foi erigido à dignidade de princípio constitucional [...] é um *princípio normativo* concreto da ordem constitucional portuguesa (cfr. art. 18.º/2 e 266.º/2)"⁴¹². Destaca que pode, inclusive, ser encontrado como manifestação concreta nos artigos 19.º, n.º 4 e 272.º, n.º 1, todas CRP⁴¹³. No Brasil, não há dispositivos correspondentes, apenas normas isoladas nas quais se exige a aplicação proporcional, a exemplo do artigo 5.º, V, da CF. A doutrina e a jurisprudência, porém, aceitam de forma pacífica sua utilização, com a denominação de princípio da proporcionalidade.

A aplicação da proporcionalidade requer a imperativa observância de uma ordem preestabelecida de análise das sub-regras, em virtude da subsidiariedade. Assim, a análise do pressuposto de adequação precede a da necessidade. Da mesma forma, a da necessidade antecede a da proporcionalidade em sentido restrito. Cabe aqui sublinhar a importância da ordem, uma vez que a inadequação reconhecida inviabiliza a necessidade de exame das demais máximas parciais sucessivamente.

⁴¹⁰ RIBEIRO, Lino Rodrigues (relat.) - **Acórdão do Tribunal Constitucional Português. com o número 470/2018, de 11 de Outubro de 2018.** [Em linha]]. [Consult. em 12 Out. 2015]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180470.html> "*Como reconhece, há muito, a jurisprudência constitucional (v., por todos, o Acórdão n.º 187/2001), o princípio da proibição do excesso analisa-se em três subprincípios: idoneidade, exigibilidade e proporcionalidade. O subprincípio da idoneidade determina que o meio restritivo escolhido pelo legislador não pode ser inadequado ou inepto para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício frívolo de valor constitucional. O subprincípio da exigibilidade determina que o meio escolhido pelo legislador não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina; caso contrário, admitir-se-ia um sacrifício desnecessário de valor constitucional. Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo; o contrário seria admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional.*"

⁴¹¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais.** p. 117.

⁴¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** p. 267 e 271.

⁴¹³ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. "**Artigo 18.º** Força jurídica 1. [...]. **2.** 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.**" "**Artigo 19.º** Suspensão do exercício de direitos [...] **4.** A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respetivas declaração e execução, **devem respeitar o princípio da proporcionalidade** e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional." "**Artigo 266.º** Princípios fundamentais [...]. **2.** Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, **com respeito pelos princípios** da igualdade, **da proporcionalidade**, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé." "**Artigo 272.º** Polícia **1.** A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos." Destacou-se.

Antes de singularizar as máximas parciais⁴¹⁴, deve-se pontuar que o princípio da proporcionalidade, ao se referir à restrição dos direitos jusfundamentais, implica a estruturação da relação meio-fim, sendo o fim a finalidade perseguida pela restrição operada e o meio a decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora e tem por intuito tornar possível o fim almejado⁴¹⁵. A máxima exige que a associação entre a finalidade buscada e o meio empregado deva ser adequada, necessária e proporcional.

A máxima parcial da adequação ou idoneidade ou conformidade exige que a medida tomada para se atingir o interesse da coletividade deve ser acertada à execução do fim buscado⁴¹⁶. Em outras palavras, a doutrina reconhece que "a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida"⁴¹⁷. Wilson Antônio Steinmetz ressalta que o "juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental"⁴¹⁸.

Dessa forma, a adequação ou idoneidade, como mandamento parcial, requer que a medida restritiva (quer seja legislativa ou judicial) de direito fundamental seja apropriada e capaz para alcançar o interesse social.

Como mandamento parcial da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, a necessidade⁴¹⁹ pressupõe que a medida limitativa (quer seja legislativa ou judicial) de direito fundamental utilize o meio menos gravoso para a obtenção almejada pelo interesse público.

O requisito da necessidade traz a imperiosa observância de quatro exigências essenciais: 1) interferência mínima no desempenho do direito jusfundamental do titular; 2) admitir-se que teria ou pode ter um meio alternativo menos gravoso; 3) comparação dos meios empregados ou de critérios de medidas de limitação, para chegar à menor prejudicialidade ou à maior benignidade; caso sejam iguais, busca-se o meio e/ou a medida mais eficaz⁴²⁰; 4) a existência de uma dimensão empírica - qual o meio menos prejudicial⁴²¹.

⁴¹⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 117 e ss.

⁴¹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 153.

⁴¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 269.

⁴¹⁷ BARROS, Suzana de Toledo - **Op. Cit.** p. 74.

⁴¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 153.

⁴¹⁹ Também conhecido como máxima da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima.

⁴²⁰ Wilson Antônio Steinmetz destaca o questionamento sobre a possibilidade de um meio ser menos gravoso, porém também menos eficaz. Nesse circunstância, qual seria o legítimo? Aponta como soluções: "a) a eficácia do meio mais benigno deverá ser, no mínimo, igual ao do menos prejudicial", seguindo a doutrina e

José Joaquim Gomes Canotilho assinala que a ideia deste princípio é reconhecer, como direito do cidadão, que se ache uma solução com a menor desvantagem possível, exigindo prova de que não haveria outro meio menos oneroso para se atingir o fim colimado e apresenta como elementos conducentes para uma maior operacionalidade: a) exigibilidade material - meio menos oneroso possível quanto à limitação do direito fundamental; b) exigibilidade espacial - limite do âmbito de intervenção; c) exigibilidade temporal - severa delimitação temporal do ato impositor do poder estatal; d) exigibilidade pessoal - limita-se a medida à pessoa ou pessoas que terão seus direitos sacrificados⁴²².

A proporcionalidade na forma estrita ou a máxima de ponderação, como máxima parcial, implica que, sendo a medida limitativa de direito fundamental (quer seja legislativa ou judicial) adequada e necessária, cumpre ainda sopesar os bens ou interesses de acordo com as circunstâncias concretas do caso. Abaixo se fará um estudo mais detalhado sobre esse princípio.

A ponderação de interesses⁴²³

No estudo, já se assentou que há choque ou colisão de direitos fundamentais quando, em concreto, o desempenho de um direito fundamental por seu titular inviabiliza, restringe ou afeta o exercício de um direito também fundamental de outrem. O confronto pode acontecer entre direitos iguais ou entre direitos diversos e abarcar direito fundamental individual face a

jurisprudência alemãs; b) "a condição para que a medida menos gravosa substitua a mais prejudicial é de que seja suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida". STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 155.

⁴²¹ *Idem - Ibidem*.

⁴²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 270.

⁴²³ Robert Alexy também denomina de máxima da proporcionalidade em sentido estrito e mandamento de sopesamento. ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 117. Dentre as diversas críticas feitas a teoria do sopesamento, a referência a suposta subjetividade e a suposta irracionalidade são as principais. O jurista alemão Friderich Müller afirma, em apertada síntese realizada por Virgílio Afonso da Silva, que o sopesamento seria a expressão das pré-compreensões mal-explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto - ponderar seria mais sugestão do que decisão. Já Jürgen Habermas defenderia que o sopesamento é irracional e implica num enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, por perderem seu caráter vinculante, defende que as normas deixariam de veicular o que deve ser e passariam a ser uma material para se decidir o que é bom ou o que é ruim. Rebatendo as críticas, Virgílio Afonso da Silva argumenta que qualquer técnica de interpretação comporta parcela de subjetividade e nenhum método jurídico é totalmente objetivo e sugere a análise do controle intersubjetivo e previsibilidade. Defende, amparado em Robert Alexy, a utilização do escalonamento porque mostra de forma clara na argumentação a sequência decisiva que fundamenta o sopesamento e leva àquela determinada decisão. SILVA, Virgílio Afonso da - **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI; Catarina Helena Cortada (orgs.) - In **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 365 e ss.

direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido).

Numa situação real de conflito entre normas do texto constitucional, todas se encontram na mesma hierarquia e são válidas. Portanto, a escolha na decisão judicial e/ou legislativa deve respeitar o postulado da efetividade, a harmonização dos bens e/ou direitos que se chocam e a observância necessária da unidade constitucional e sua concordância prática.

A simples interpretação constitucional não se mostra, entretanto, capaz de solucionar o problema isoladamente. A doutrina e a jurisprudência, marcadas pela influência dos operadores do direito alemão, aceitam a ponderação de interesses como método para resolver choque de direitos fundamentais, consistindo em decidir a preferência entre os direitos em conflito aparente, informando em que medida prevalecerá⁴²⁴.

Sustenta José Joaquim Gomes Canotilho que a ponderação verdadeira de bens é autônoma e se aplica a todos os tipos de atos dos poderes públicos, vinculando o legislador, a administração e o Judiciário⁴²⁵. Não se busca atribuir à norma constitucional significado normativo, mas nivelar e ordenar interesses conflitantes no caso concreto. Arremata, afirmando que:

"Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados nominativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens."⁴²⁶

Robert Alexy destaca que a proporcionalidade em sentido estrito é capaz de solucionar o choque com base na criação de condicionada precedência entre os princípios, de acordo com as peculiaridades da situação em concreto⁴²⁷. Acrescenta que para a lei do sopesamento "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"⁴²⁸.

Pela lei de sopesamento, pensada por Robert Alexy, o grau aceito de não aplicação ou utilização de um princípio depende, necessariamente, da relevância da satisfação do outro

⁴²⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. p. 143.

⁴²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 272.

⁴²⁶ *Idem* - **Op. Cit.** p. 1221.

⁴²⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. p. 96.

⁴²⁸ *Idem* - **Op. Cit.** p. 167.

princípio⁴²⁹. E para tanto, apresenta um modelo com três níveis de escalonamento identificados pelos termos “leve”, “moderado” e “sério”, para avaliar a proporção de não satisfação ou de lesão de um princípio e importância da satisfação do outro, e a intensidade da intervenção⁴³⁰.

Segundo a lei da colisão⁴³¹, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, sob algumas circunstâncias, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente⁴³². Para tanto, impõe uma fundamentação racional para prevalência de um dos princípios em choque, levando em consideração qualquer tipo de argumentação jurídica⁴³³ e suas razões a referência a fatos, a regularidade empírica e juízos normativos⁴³⁴.

O significado de "relação de precedência condicionada", segundo Robert Alexy, consiste, no caso concreto, em fixar requisitos sob os quais um princípio tem precedente ante o outro⁴³⁵. E traz como exemplo Lebach, caso já comentado no segundo capítulo, onde o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha solucionou o confronto entre a "liberdade de informar via radiodifusão" (*P1*) e os direitos de personalidade (*P2*) por meio de uma aceitação de precedência de *P2* no caso de uma repetição televisiva de um grave crime, sem interesse atual da informação, o qual põe em risco a ressocialização (*C2*)⁴³⁶.

Para explicar, Robert Alexy afirma que, também no caso Lebach, o Tribunal utilizou das razões para realizar a argumentação: fato (alcance das emissões de televisão), regularidade empírica (causar risco à ressocialização) e juízos normativos (caracterização da ressocialização como urgente exigida pelo art. 1.º, §1º, combinado com o art. 2º, §1º, da Constituição alemã).

Por isso, uma vez considerado que os direitos fundamentais detêm natureza de princípio, o conflito de direitos fundamentais será analisado segundo a lei de colisão coerente com o sentido dos mandamentos de otimização a se realizarem em vários níveis de acordo

⁴²⁹ *Idem - Ibidem.*

⁴³⁰ *Idem - Op. Cit.* p. 599-600.

⁴³¹ A formulação técnica da lei de colisão é: "Se o princípio *P1* tem precedência em face ao princípio *P2* sob as condições *C*: (*P1 P2*) *C*, e se do princípio *P1*, sob as condições, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático de *R* como consequência jurídica: *C -> R*." E afirma que uma formulação menos técnica seria: "(K) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" *Idem - Op. Cit.* p. 99.

⁴³² *Idem - Op. Cit.* p. 165.

⁴³³ *Idem - Op. Cit.* p. 171.

⁴³⁴ *Idem - Op. Cit.* p. 172.

⁴³⁵ *Idem - Op. Cit.* p. 96.

⁴³⁶ *Idem - Op. Cit.* p. 164.

com as variantes jurídicas e fáticas, visando à adequada e necessária solução para harmonia dos direitos fundamentais e à unidade da constituição.

3.4. DA SOLICITAÇÃO PELO EMPREGADOR DE CERTIDÃO DE REGISTROS CRIMINAIS DO CANDIDATO AO EMPREGO COMO HIPÓTESE DE CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da liberdade de gestão empresarial (Portugal) e do direito de propriedade (Brasil)

Em nível internacional, a proteção ao direito de propriedade está prevista no artigo 17.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³⁷(DUDH), no artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴³⁸, já sendo consagrado em 1952. Recentemente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 17.º, n.º 1, prevê o direito de propriedade, referindo-se à possibilidade de usufruir, dispor e transmitir seus bens legalmente adquiridos.

Em Portugal, os direitos dos empregadores estão constitucionalmente consagrados nos princípios relativos à iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP⁴³⁹), à liberdade na gestão das empresas privadas (art. 80.º, alínea c⁴⁴⁰, e 86.º, n.º 2, da CRP), ao direito à propriedade privada (art. 62.º, da CRP⁴⁴¹) e ao setor produtivo privado (art. 80.º, alínea b e 82.º, números 1 e 3, da CRP⁴⁴²).

⁴³⁷ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948: "**Artigo 17.º** 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade." DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948. [Em linha]. [Consult. 13 Set. 2018]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html

⁴³⁸ "Artigo 1.º Protecção da propriedade. Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas." Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2018]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁴³⁹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: "**Artigo 61.º** Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral." Destacou-se.

⁴⁴⁰ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: "**Artigo 80.º** Princípios fundamentais A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: [...]; **b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; [...]**" Destacou-se.

⁴⁴¹ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: "**Artigo 62.º** - Direito de propriedade privada 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da

Na Constituição brasileira, a iniciativa privada constitui-se em um dos fundamentos da República (art. 1.º, IV, da CF⁴⁴³), sendo princípio geral da atividade econômica a propriedade privada, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, I, da CF⁴⁴⁴).

Estes princípios asseguram ao empregador a liberdade de conduzir a sua empresa, inserindo, em sua esfera jurídica, um agrupamento "de poderes que lhe conferem primazia e supremacia jurídicas perante o trabalhador através da possibilidade de modelação da respectiva atividade profissional segundo as suas ordens e instruções" ⁴⁴⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁴⁶ realçam que a Constituição portuguesa reconhece a iniciativa econômica privada como um direito fundamental, sendo um direito determinável e exequível imediatamente, e que possui duplo sentido, abrangendo a liberdade de iniciativa econômica - liberdade de criação da empresa, investimento e estabelecimento - e a liberdade de atividade, gestão e organização da empresa - representando a liberdade de empresa, de ser empresário e empresarial.

A liberdade de começar uma atividade econômica firma-se como um direito pessoal, exercido individual ou coletivamente; já a liberdade de atividade, gestão e organização da empresa é um direito institucional. Ambas admitem restrições, mas devem ser justificadas pelo princípio da proporcionalidade e obedecer aos ditames constitucionais.

A liberdade de iniciativa econômica privada está condicionada ao interesse geral, o que marca a sua "funcionalização" constitucional, a qual, embora seja um conceito indeterminado, legitima a intervenção legislativa e densifica, entre outros, a realização dos

Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização." Destacou-se.

⁴⁴² PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: "**Artigo 82.º** - Sectores de propriedade dos meios de produção 1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção. 2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. 3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou coletivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte." Destacou-se.

⁴⁴³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. "**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; V - o pluralismo político." Destacou-se.

⁴⁴⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. "**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional;" Destacou-se.

⁴⁴⁵ DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8495-1, p. 250.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 789 e ss.

direitos dos trabalhadores, a iniciar pelo direito ao trabalho⁴⁴⁷. No direito brasileiro, a "funcionalização" é chamada de função social do contrato.

O elemento essencial do direito de empresa é do direito de seu titular a gerir, admitindo, excepcionalmente, intervenção estatal direta na gestão. Contudo, o direito dos trabalhadores, a despeito de não ter sido criado para as empresas, "através do competente processo de concretização, boa parte das normas de Direito do Trabalho está destinada a atingir os seus objectivos do *quadro da empresa*"⁴⁴⁸.

Afirma António Menezes Cordeiro que "A empresa é uma realidade complexa, que congrega regras jurídicas das mais diversas"⁴⁴⁹. Ao conjunto sistematizado dessas regras, no que tange ao direito do trabalhador na empresa, obtém-se a constituição laboral da empresa. Em sentido amplo, representa o conjunto de regras laborais aplicadas à empresa e, em sentido restrito, "o conjunto de regras de gestão da empresa, ordenadas em função de pontos de vista laborais"⁴⁵⁰.

São estes princípios constitucionais que dão respaldo para os poderes do empregador - direção⁴⁵¹, regulamentar e disciplinar⁴⁵² no decorrer do contrato de trabalho. De modo especial, interessa à presente investigação a fase pré-contratual, tendo em vista que se buscam os limites impostos ao empregador, no ato da contratação, sobre a pesquisa concernente à vida privada do empregado, mais especificamente a certidão de registros criminais.

Faz-se necessário, pois, analisar os limites do poder de investigação e avaliação empresarial dos dados do candidato ao emprego nesta fase tão delicada do acesso e formação do contrato de trabalho.

Direito à informação do empregador

O artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁵³ (DUDH) e o artigo 11.º, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁵⁴ (CDFUE), estabelecem que

⁴⁴⁷ *Idem* - **Op. Cit.** p. 791.

⁴⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes - **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 485

⁴⁴⁹ *Idem* - **Ibidem**.

⁴⁵⁰ *Idem* - **Ibidem**.

⁴⁵¹ DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**. p. 250.

⁴⁵² *Idem* - **Ibidem**.

⁴⁵³ **Artigo 19.º** Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948. [Em linha]. [Consult. 13 Set. 2018]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html

todo ser humano tem direito à informação. De igual maneira, está consagrado no artigo 37.^{o455}, da Constituição portuguesa e no artigo 5.^o, XIV⁴⁵⁶, da brasileira.

A doutrina portuguesa e a brasileira lecionam que o direito à informação comporta três dimensões: a) o direito de informar, consistente na liberdade de divulgar e/ou comunicar informações, sem impedimentos, e a forma positiva de ter meios para noticiar⁴⁵⁷; b) o direito de se informar, que tem como sinônimo o acesso à informação, representando a possibilidade de buscar informações por qualquer maneira lícita⁴⁵⁸; e c) o direito de ser informado - traduz-se no direito de ser informado pelo Estado e pelos meios de comunicação sobre assuntos de interesse coletivo⁴⁵⁹.

A faceta mais divulgada e que se mostra de interesse geral da população concentra-se na visão de que as pessoas, ao terem acesso à informação, podem participar conscientemente da vida pública e vigiar os governantes e/ou os detentores de poder social. Transforma-se o acesso em um remédio contra a ineficiência estatal e a violação de direitos fundamentais⁴⁶⁰.

Daniel Sarmiento destaca que o direito à informação é essencial para desenvolvimento livre da personalidade humana⁴⁶¹. Representa a possibilidade de cada indivíduo formar sua opinião acerca dos mais diversos temas e escolher conscientemente o modo como quer viver. Da mesma forma, de acordo com a livre iniciativa e a autonomia privada, em relação ao empregador, retrata a possibilidade de realizar buscas sobre as

⁴⁵⁴ "Artigo 11.^o Liberdade de expressão e de informação 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social."

⁴⁵⁵ PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.^o 01/2005, de 12 de agosto."Artigo 37.^o Liberdade de expressão e informação 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações."

⁴⁵⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988."Artigo 5.^o XII - 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;"

⁴⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Artigos 1^o a 107^o**. p. 573.

⁴⁵⁸ "[...] consiste, designadamente, na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, Isto é, no direito de não ser impedido de se informar, embora sejam admissíveis algumas restrições a recolha de informações armazenadas em certos arquivos." *Idem - Ibidem*.

⁴⁵⁹ SARMENTO, Daniel - **Liberdades Comunicativas e "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira**. . [Em linha]. [Consult. 08 Nov. 2018]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. 7. No mesmo sentido, lecionam CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 573.

⁴⁶⁰ SARMENTO, Daniel - **Liberdades Comunicativas e "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira**. p. 6.

⁴⁶¹ *Idem - Op. Cit.* p. 7.

informações que entender necessárias para avaliar o desempenho do melhor candidato ao emprego.

A pesquisa da entidade patronal pode abranger diversos aspectos, desde dados efetivamente necessários e relevantes para a averiguação da aptidão do trabalhador, até circunstância que não tem qualquer vinculação com a atividade a ser desenvolvida e a capacidade do futuro empregado.

Limites ao direito à informação do empregador

Na fase das tratativas preliminares, a liberdade de iniciativa econômica e de empresa manifesta-se na forma de autonomia privada. O empregador pode e deve escolher os empregados que representem as melhores opções para as funções a serem desenvolvidas na empresa. O direito de informação é, neste caso, capitaneado pelo direito a informações sobre o empregado.

O contrato de trabalho, no entanto, é exemplo da existência de relações jurídicas desiguais tanto no plano fático quanto no jurídico. É fato que o trabalhador não possui a mesma liberdade do empregador para celebrar o contrato, nem tampouco para estipular cláusulas contratuais, gerando um desequilíbrio contratual, acentuado pela escassez de postos de trabalho. Já no plano jurídico, com a assinatura/aceitação do contrato de trabalho, impõe-se ao empregado uma situação de subordinação em face do empregador.

Assim, presente o domínio econômico e social do empregador, não se pode invocar o princípio da liberdade contratual, para escolher arbitrariamente o futuro empregado. Vislumbrando a desigualdade, sendo o trabalhador a parte mais fraca, o que poderia, pelo menos em tese, levar a situações de abuso de poder do empregador, é justificativa razoável para a intervenção legal no sentido de proteger a parte frágil da relação⁴⁶².

É importante lembrar, com respaldo em Tereza Alexandra Coelho Moreira, que é na fase de acesso ao emprego que o candidato se encontra mais vulnerável, visto que a desigualdade real está em evidência, concretizada na inferioridade pré-contratual do trabalhador, advinda de sua debilidade econômica e da escassez de empregos, o que poderia induzir a abdicar de parcela de sua personalidade⁴⁶³.

No direito comparado, especificamente no Direito do Trabalho italiano, o artigo 8.º do Estatuto de Trabalho prevê que o empregador, na fase de acesso ao emprego e formação do

⁴⁶² MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - **Op. Cit.** p. 147-148.

⁴⁶³ *Idem* - **Op. Cit.** p. 148.

contrato de emprego, não pode indagar sobre fatos ou circunstâncias da vida privada e irrelevantes para valoração da aptidão profissional.

Também está previsto no Código de Trabalho francês, art. L. 121-6, que as informações solicitadas aos candidatos a um emprego só podem ter como propósito apreciar a capacidade para ocupar o emprego oferecido e a sua aptidão profissional, tendo as informações ligação direta e necessária com o emprego proposto⁴⁶⁴.

Quanto ao direito espanhol, faz Teresa Alexandra Coelho Moreira a seguinte leitura:

“No ordenamento jurídico espanhol, embora não haja uma norma expressa que interdiça a indagação sobre aspectos pessoais do trabalhador, deve atender-se ao previsto nos artigos 18.º e 14.º da Constituição, que garantem o direito à intimidade pessoal e o princípio da igualdade, proibindo a discriminação por razão de nascimento, sexo, religião, opinião, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social, respectivamente, e que tem desenvolvimento específico no artigo 17.º do Estatuto de los Trabajadores [...] Este artigo pode ser valorado como inibição imposta ao empregador de se informar sobre aspectos da personalidade do trabalhador que não influenciem a valoração de sua idoneidade técnica e profissional, impedindo, assim, que o acesso a tal informação cime de base para discriminar o trabalhador e as suas legítimas aspirações ao emprego.”⁴⁶⁵

Em Portugal, o CTP, em seu artigo 17.º, n.º 1, a), seguindo as legislações dos países acima referidos, determina que o empregador não poderá exigir do candidato a emprego informações relacionadas a sua vida privada, salvo se estritamente necessárias para o desempenho do futuro contrato de emprego e com a solicitação feita por escrito e fundamentada. No Brasil, não há norma expressa sobre a possibilidade de recolha de informações gerais sobre a vida privada do candidato ao emprego.

Existem, logo, dois bens jurídicos ou interesses contrapostos: o do trabalhador, proteção de seus direitos e liberdades, e o do empregador, interessado em conhecer todos os elementos suscetíveis de terem uma influência sobre o funcionamento da empresa e o desempenho da atividade do futuro empregado.

Há muito já advertiu Alexy Robert que:

“Colisões de direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes existem não só no âmbito dos direitos de liberdade. Elas são possíveis entre direitos fundamentais de qualquer tipo. Especialmente importante é aquela entre direitos de liberdade e igualdade. Se se aplica a proibição de discriminação à ordem jurídica total, portanto, também ao direito privado. Então colisões entre a autonomia privada do empregador e o direito ao tratamento igual do empregado são inevitáveis.”⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ *Idem* - **Op. Cit.** p. 150.

⁴⁶⁵ *Idem* - **Op. Cit.** p. 151-152.

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. p. 71.

Amadeus Guerra leciona, com precisão, que delimitar as condições em que os empregadores podem ter acesso aos dados dos trabalhadores é uma missão tormentosa. Defende, assim, que se faz necessário assegurar um equilíbrio entre dois dos mais significantes postulados da sociedade moderna: a livre iniciativa e autonomia privada e a integridade física e reserva da vida privada⁴⁶⁷.

Portanto, resta demonstrado o conflito de interesses: de um lado o empregador, de ter acesso às informações relativas ao passado criminal de seu futuro empregado e do outro, a vida privada do trabalhador, alicerçada em diversos direitos fundamentais ancorados no direito, também fundamental, do esquecimento.

⁴⁶⁷ GUERRA, Amadeu – **Op. Cit.** p. 16.

CAPÍTULO IV

4. SITUAÇÕES AUTORIZADAS DE ACESSO AOS REGISTROS CRIMINAIS DO CANDIDATO AO EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA

Os direitos fundamentais são sujeitos a limitações pelo Legislativo, configurando restrições constitucionais ou infraconstitucionais. No caso específico da certidão de registros criminais, tanto Portugal quanto o Brasil não têm norma expressa, no corpo de suas Constituições, autorizando a limitação dos direitos envolvidos de vida privada, de livre desenvolvimento da personalidade, da proteção de dados, da autodeterminação informativa e de informação, representando uma das facetas do direito de propriedade/livre iniciativa do empregador, sendo o caso de restrições iminentes⁴⁶⁸. Desse modo, passa-se à análise da legislação existente.

4.1. POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

No estudo das normas portuguesas, fez-se um apanhado de toda a legislação referente ao registro criminal, bem como das atividades ou profissões em que é exigida a certidão de registros criminais como requisito de acesso ao emprego ou para obtenção de autorização para a empresa atuar na atividade, o que também justificaria o empregador exigir a certidão para contratar.

Para tanto, expor-se-ão, inicialmente, as leis que preveem normas gerais sobre os registros criminais. Em seguida, as normas que tratam especificamente da limitação feita pelo legislador quanto à possibilidade de acesso aos registros criminais pelo empregador na formação do contrato de emprego.

Lei n.º 37/2015⁴⁶⁹

A Lei n.º 37/2015, de 05 de maio, de Portugal, prevê os princípios gerais de funcionamento e de organização da identificação criminal. Transporta para a ordem jurídica lusitana a Decisão-Quadro 2009/315/JAI, do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, com relação ao conteúdo e à organização da troca de informações constantes do registro criminal entre os Estados membros.

⁴⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 396.

⁴⁶⁹ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247.

O legislador português optou por entender que alguns tipos de crimes têm seu registro cancelado de forma diversa a depender do tipo de delito. Esta diferenciação está prevista na Lei n.º 37/2015, em estudo, e abarca as seguintes situações e prazos:

a) quanto aos crimes previstos nos artigos 163.º e seguintes do CPP, referentes à liberdade e autodeterminação sexual, ressalvadas a prescrição da Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, e, desde que não seja condenado por outro crime de qualquer natureza, ocorrerá o cancelamento em: i) decorridos 5, 7 ou 10 anos da extinção da pena ou medida de segurança. Contudo, se a penalidade tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos ou superior a 8 anos (art. 11.º, n.º 1^{o470}, "a") e não tiver outra condenação; ii) após 5 anos da extinção da pena de multa principal a pessoa singular (art. 11.º, n.º 1º, "b"); iii) decorridos 5, 7 ou 10 anos da extinção da pena de multa aplicada à pessoa coletiva ou entidade equiparada, desde que a multa se fixe em menos de 600 dias, entre 600 e 900 dias ou em mais de 900 dias, respectivamente (art. 11.º, n.º 1º, "c");

b) após 10 anos do trânsito em julgado nas decisões que aplicaram a penalidade de dissolução a pessoa coletiva ou entidade equiparada (art. 11.º, n.º 1º, "d");

c) passados 5 anos da extinção da pena substitutiva da principal, ressalvadas aquelas relativas aos delitos referentes à liberdade e autodeterminação sexual e desde que não haja nova condenação por crime de qualquer natureza (art. 11.º, n.º 1º, "e");

⁴⁷⁰ "Artigo 11.º Cancelamento definitivo: 1 - As decisões inscritas cessam a sua vigência no registo criminal nos seguintes prazos: a) Decisões que tenham aplicado pena de prisão ou medida de segurança, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos ou superior a 8 anos, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza; b) Decisões que tenham aplicado pena de multa principal a pessoa singular, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5 anos sobre a extinção da pena e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza; c) Decisões que tenham aplicado pena de multa a pessoa coletiva ou entidade equiparada, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena, consoante a multa tenha sido fixada em menos de 600 dias, entre 600 e 900 dias ou em mais de 900 dias, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza; d) Decisões que tenham aplicado pena de dissolução a pessoa coletiva ou entidade equiparada, decorridos 10 anos sobre o trânsito em julgado; e) Decisões que tenham aplicado pena substitutiva da pena principal, com ressalva daquelas que respeitem aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5 anos sobre a extinção da pena e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza; f) Decisões de dispensa de pena ou que apliquem pena de admoestação, decorridos 5 anos sobre o trânsito em julgado ou sobre a execução, respetivamente; g) Decisões que tenham aplicado pena acessória, após o decurso do prazo para esta fixado na respetiva sentença condenatória ou, tratando-se de pena acessória sem prazo, após a decisão de reabilitação."

d) 5 anos sobre o trânsito em julgado ou sobre a execução, respectivamente, nos casos de dispensa de pena ou que tenha sido aplicada penalidade de admoestação (art. 11.º, n.º 1º, "f");

e) após o decurso do prazo fixado na decisão condenatória ou, no caso de pena acessória sem prazo, após a decisão de reabilitação, nas hipóteses de aplicação de pena acessória (art. 11.º, n.º 1º, "g").

Assim, é o tipo de crime que dirá por quanto tempo as informações constantes dos registos criminais ainda poderão ser acessadas, por não ter acontecido o cancelamento. Tal informação é de extrema importância, visto que, após o cancelamento definitivo, não há que se perquirir lesão pela exigência da certidão de registos criminais, uma vez que não constará de seu histórico criminal qualquer menção ao passado penal do solicitante.

É importante destacar que, mesmo nas situações que a vigência tenha cessado, serão mantidas as informações nos ficheiros informatizados durante um período máximo de 3 anos. Somente o serviço de identificação criminal terá acesso, a fim de repor o registo que tenha por equívoco sido cancelado ou retirado. Findo esse prazo máximo de 3 anos, haverá o cancelamento de modo irrevogável (art. 11.º, n.º 6º).

É também esta Lei que estabelece quem pode ter acesso aos registos criminais e para que fins. Prevê seu artigo 8.^{o471}, n.º 1º, que tem direito ao acesso à informação o titular ou

⁴⁷¹ "Artigo 8.º Acesso à informação: 1 - Tem acesso à informação do registo criminal o titular da informação ou quem prove efetuar o pedido em nome ou no interesse daquele. 2 - Podem ainda aceder à informação do registo criminal, exclusivamente para as finalidades previstas para cada uma delas, as seguintes entidades: a) Os magistrados judiciais e do Ministério Público, para fins de investigação criminal, de instrução de processos criminais e de execução de penas, de decisão sobre adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de crianças ou regulação do exercício de responsabilidades parentais e de decisão do incidente de exoneração do passivo restante do devedor no processo de insolvência de pessoas singulares; b) As entidades que, nos termos da lei processual penal, recebam delegação para a prática de atos de inquérito ou a quem incumba cooperar internacionalmente na prevenção e repressão da criminalidade, no âmbito dessas competências; c) As entidades com competência legal para a instrução dos processos individuais dos reclusos, para este fim; d) Os serviços de reinserção social, no âmbito da prossecução dos seus fins; e) As entidades com competência legal para garantir a segurança interna e prevenir a sabotagem, o terrorismo, a espionagem e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, exclusivamente no âmbito da prossecução dos seus fins; f) As entidades oficiais não abrangidas pelas alíneas anteriores, para a prossecução de fins públicos a seu cargo quando os certificados não possam ser obtidos dos titulares, mediante autorização do membro do Governo responsável pela área da justiça e, tratando-se de informação relativa a pessoa coletiva ou equiparada, entidades públicas encarregadas da supervisão da atividade económica por aquela desenvolvida, na medida do estritamente necessário para o exercício dessa supervisão e mediante autorização do membro do Governo responsável pela área da justiça; g) As autoridades centrais de Estados membros da União Europeia designadas nos termos e para os efeitos da Decisão-Quadro 2009/315/JAI, do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, no âmbito do exercício das suas competências conferidas por esta Decisão-Quadro; h) Autoridades ou entidades estrangeiras, mediante autorização do membro do Governo responsável pela área da justiça e nas mesmas condições das correspondentes autoridades nacionais, para a instrução de processos criminais; i) As entidades oficiais de Estados membros da União Europeia, nas mesmas condições das correspondentes entidades nacionais, para os fins constantes do n.º 5 do artigo 22.º da Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, bem como as entidades de outro Estado, nos termos estabelecidos em convenção ou acordo internacional vigente, assegurado que seja tratamento

a pessoa que prove formular o pedido em seu nome ou a seu interesse. Já o item n.º 2.º prevê que as seguintes autoridades podem ter acesso: a) os juízes e os membros do Ministério Público, desde que tenham por finalidade as situações abarcadas pela alínea "a" do número 2.º do artigo em estudo; b) as entidades que sejam designadas por delegação para a realização de atos previstos na legislação penal (art. 8.º, n.º 2º, "b"); c) as entidades com autorização em lei para instruir os processos dos reclusos individualmente e apenas para esta destinação específica (art. 8.º, n.º 2º, "c"); d) as pessoas que trabalham no serviço de reinserção social, desde que destinadas a esse fim (art. 8.º, n.º 2º, "d"); e) as entidades cuja finalidade é garantir a segurança interna (art. 8.º, n.º 2º, "e"); f) outras entidade previstas em lei, através de "autorização do membro do Governo responsável pela área da justiça" (art. 8.º, n.º 2º, "f"); g) "as autoridades centrais de Estados membros da União Europeia" (art. 8.º, n.º 2º, "g"); h) autoridades ou entidades estrangeiras que tenham por fim instruir processos criminais, por meio de "autorização do membro do Governo responsável pela área da justiça" e com os mesmos requisitos previstos para as autoridades nacionais respectivas (art. 8.º, n.º 2º, "h"); i) "as entidades oficiais de Estados membros da União Europeia [...] bem como as entidades de outro Estado, nos termos estabelecidos em convenção ou acordo internacional vigente, assegurado que seja tratamento recíproco às entidades nacionais" (art. 8.º, n.º 2º, "i"); j) "as entidades autorizadas pelo membro do Governo responsável pela área da justiça para a prossecução de fins de investigação científica ou estatísticos" (art. 8.º, n.º 2º, "j")

O item número 3.º dispõe que, também podem ter acesso aos registos criminais, as entidades públicas responsáveis por instruir procedimentos administrativos que "dependa a concessão de emprego ou a obtenção de licença, autorização ou registo de carácter público, ou de procedimentos administrativos de contratação pública de empreitadas", dentre outras situações, e desde que o titular da informação, se pessoas singulares, ou o representante legal, se pessoas coletivas ou entidades equiparadas, autorize previamente o acesso no âmbito do procedimento administrativo (art. 8.º, n.º 3º).

recíproco às entidades nacionais; j) As entidades autorizadas pelo membro do Governo responsável pela área da justiça para a prossecução de fins de investigação científica ou estatísticos. 3 - As entidades públicas competentes para a instrução de procedimentos administrativos dos quais dependa a concessão de emprego ou a obtenção de licença, autorização ou registo de carácter público, ou de procedimentos administrativos de contratação pública de empreitadas, ou de locação ou aquisição de bens e serviços, de concessão ou do estabelecimento de parcerias público-privadas, podem aceder à informação necessária ao cumprimento de exigência legal de apresentação de certificado do registo criminal aplicável ao procedimento administrativo em causa desde que o titular da informação, no caso de pessoas singulares, ou um representante legal, no caso de pessoas coletivas ou entidades equiparadas, autorize previamente esse acesso no âmbito do procedimento administrativo." Destacou-se.

Portanto, o titular da informação ou quem efetue o pedido em nome ou em seu interesse - desde que se prove - pode ter acesso e requerer os registros criminais para fins de empregos, nos casos que abaixo serão analisados, dentre outras situações.

A Lei em estudo regula, também, o conteúdo das certidões para fins de atuação em profissão, atividade ou para emprego. Quando não estão sujeitos à exigência normativa de ausência de registros criminais ou a avaliação de idoneidade da pessoa, os certificados terão apenas decisões que decretem a demissão de função pública ou que proíbam o exercício de atividade, profissão ou de função pública, ou que interditem o desempenho destas (art. 10.º, n.º 5º, "a", "b" e "c")⁴⁷².

Já nas situações em que há exigência legal de ausência de antecedentes criminais ou da avaliação de idoneidade da pessoa, constarão todas as decisões que ainda estejam no prazo de vigência, exceto se canceladas provisoriamente ou tenham determinação expressa de assim o fazer pelo Tribunal da condenação (art. 10.º, n.º 6º)⁴⁷³.

Outro importante destaque desta legislação é que os registros criminais só serão acessáveis através dos serviços de identificação criminal e o requerimento é feito apenas eletronicamente (art. 9.º), ou seja, são recolhidos no SICRIM - Sistema de Informação de Identificação Criminal, Decreto-Lei n.º 171/2015, de 25 de Agosto⁴⁷⁴.

Lei n.º 113/2009⁴⁷⁵

A Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, de Portugal, denominada de Lei de proteção aos menores, foi editada em cumprimento ao artigo 5.º da Convenção do Conselho da Europa

⁴⁷² "Artigo 10º - Conteúdo dos certificados [...] 5 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, os certificados do registo criminal requeridos por pessoas singulares para fins de emprego, público ou privado, ou para o exercício de profissão ou atividade em Portugal, devem conter apenas: a) As decisões de tribunais portugueses que decretem a demissão da função pública, proíbam o exercício de função pública, profissão ou atividade ou interditem esse exercício; b) As decisões que sejam consequência, complemento ou execução das indicadas na alínea anterior e não tenham como efeito o cancelamento do registo; c) As decisões com o conteúdo aludido nas alíneas a) e b) proferidas por tribunais de outro Estado membro ou de Estados terceiros, comunicadas pelas respetivas autoridades centrais, sem as reservas legalmente admissíveis."

⁴⁷³ "Artigo 10º - Conteúdo dos certificados [...] 6 - Os certificados do registo criminal requeridos por pessoas singulares para o exercício de qualquer profissão ou atividade para cujo exercício seja legalmente exigida a ausência, total ou parcial, de antecedentes criminais ou a avaliação da idoneidade da pessoa, ou que sejam requeridos para qualquer outra finalidade, contêm todas as decisões de tribunais portugueses vigentes, com exceção das decisões canceladas provisoriamente nos termos do artigo 12.º ou que não devam ser transcritas nos termos do artigo 13.º, bem como a revogação, a anulação ou a extinção da decisão de cancelamento, e ainda as decisões proferidas por tribunais de outro Estado membro ou de Estados terceiros, nas mesmas condições, devendo o requerente especificar a profissão ou atividade a exercer ou a outra finalidade para que o certificado é requerido."

⁴⁷⁴ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º 171/2015. **Diário da República Série I**, n.º 165 (2015-08-25), p. 6290-6300.

⁴⁷⁵ PORTUGAL. LEI n.º 113/2009. **Diário da República Série I**, n.º 181 (2009-09-17), p. 6620-6621.

contra o Abuso Sexual e a Exploração Sexual de Crianças e disciplina meios de defesa de menores.

Está previsto, nesta Lei, que o recrutamento de pessoa cujo exercício envolva contato profissional regular com menores, sujeita-se aos certificados emitidos para empregos, profissões, funções ou atividades, privadas ou públicas, mesmo não remuneradas⁴⁷⁶, observando as regras anteriores de exigência ou não por lei (art. 10.º da Lei n.º 35/2015), as condenações por delitos de maus tratos ou violência doméstica, contra a autodeterminação sexual e a liberdade e os julgamentos que apliquem penalidades acessórias em condenados por delito contra a autodeterminação sexual e a liberdade e de violência doméstica.

Estatui o artigo n.º 2.^o⁴⁷⁷ da referida lei as medidas preventivas para o contato de profissionais com menores e estabelece que, no recrutamento de profissionais, empregados, de funções ou atividades, quer sejam elas públicas ou privadas, remuneradas ou não, se houver contato com menores, a entidade que fizer o recrutamento está obrigada a solicitar a certidão de registos criminais e a ponderar a idoneidade do candidato para o exercício respectivo.

Assim sendo, na hipótese prevista na Lei, o empregador, em caso de relação de emprego, está obrigado a pedir ao candidato a apresentação de certidão de registos criminais. A escolha do legislador resguarda o que os doutrinadores denominam de direito fundamental de terceiro e com interesse social. Na situação de conflito entre a vida privada do empregado e a saúde física, psíquica e mental, em última análise, o direito do menor à vida, preferiu-se impor a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

Lei n.º 14/2014⁴⁷⁸

A Lei n.º 14/2014, de 18 de março, de Portugal, prevê o regime jurídico de ensino da condução, regula o acesso e o desempenho da profissão de instrutor, da exploração da atividade de escolas de condução, de diretor de escola de condução, bem como o certificado para as entidades formadoras.

⁴⁷⁶ Exceto se o Tribunal de Execução de Penas determinar a sua não transcrição em certificados.

⁴⁷⁷ "Artigo 2º - Medidas de prevenção de contacto profissional com menores 1 - No recrutamento para profissões, empregos, funções ou actividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, **a entidade recrutadora está obrigada a pedir ao candidato a apresentação de certificado de registo criminal e a ponderar a informação constante do certificado na aferição da idoneidade do candidato para o exercício das funções.**" Destacou-se.

⁴⁷⁸ PORTUGAL. LEI n.º. 14/2014. *Diário da República Série I*, n.º 24 (2014-03-18), p. 2015 - 2030.

Em seu artigo 36.^{o479}, está previsto que não podem ensinar a condução de veículos quem estiver proibido ou inabilitado pela prática de contraordenação ou crime rodoviário grave ou muito grave, enquanto perdurar.

Mais uma vez a opção legislativa visa resguardar o que a doutrina denomina de direito fundamental de terceiro e interesse da sociedade. Na hipótese, entendeu-se que o fato de não poder conduzir por estar proibido ou inibido pela prática de alguns crimes rodoviários, é suficiente para se concluir pela inaptidão momentânea de conduzir e, consequentemente, de evitar infrações e/ou abalroamentos que podem conduzir em prejuízos a terceiros, inclusive a sua integridade física, impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego por estar cumprindo a proibição ou inibição.

Lei n. 13/2006⁴⁸⁰

A Lei n.º 13/2006, de 17 de abril, de Portugal, regulamenta o transporte coletivo das crianças e, seguindo a linha da Lei .º 13/2009, estabelece que são requisitos de acesso à atividade de condutor: a) a idoneidade que é preenchida, pelos gerentes ou administradores, nas situações de pessoas coletivas, ou pelo próprio empresário individual (art. 4.^{o481}, n.º 2º). Estabelece, da mesma forma, que se considera um indicador de falta de idoneidade a "declaração judicial de delinquente por tendência ou a condenação por decisão transitada em julgado", nos casos de pena de prisão, "pela prática de qualquer crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal"; de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

⁴⁷⁹ "Artigo 36.º - Impedimentos dos instrutores Não pode ministrar o ensino da condução o indivíduo que: a) Seja examinador de condução em exercício ou exerça outra atividade, a título gratuito ou oneroso, em centro de exame de condução; b) Tenha sido alvo de medida de interdição do exercício da profissão de instrutor de condução, enquanto a medida durar; c) **Se encontre proibido ou inibido de conduzir pela prática de crime rodoviário ou de contraordenação rodoviária grave ou muito grave, enquanto durar a proibição ou inibição.**" Destacou-se.

⁴⁸⁰ PORTUGAL. LEI n.º. 13/2006. *Diário da República Série I-A*, n.º 75 (2006-04-17), p. 2783 - 2787.

⁴⁸¹ "Artigo 4.º Requisitos de acesso à actividade 1 - São requisitos de acesso ao exercício a título principal da actividade de transporte de crianças a idoneidade e a capacidade técnica e profissional. 2 - O **requisito de idoneidade** é preenchido **pelos gerentes ou administradores**, no caso de pessoas colectivas, ou pelo próprio, no caso de empresários em nome individual. 3 - **Considera-se indiciador de falta de idoneidade a declaração judicial de delinquente por tendência ou a condenação por decisão transitada em julgado: a) Em pena de prisão efectiva, pela prática de qualquer crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal; b) Pela prática de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual.** 4 - **A condenação pela prática de um dos crimes previstos no número anterior não afecta a idoneidade de todos aqueles que tenham sido reabilitados**, nem impede a DGTT de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade, **tendo em conta, nomeadamente, o tempo decorrido desde a prática dos factos.**" Destacou-se.

Para os termos desta Lei, portanto, os gerentes ou administradores não podem ter cometido crime de qualquer natureza com prisão efetiva, em especial contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Da mesma forma, a norma em estudo prevê que motorista⁴⁸² de transporte de menores deve possuir idoneidade e, para tanto, regulamenta como requisitos: não possuir declaração judicial de delinquente por tendência ou a condenação por decisão transitada em julgado: nos casos de pena de prisão, "pela prática de qualquer crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal"; de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual e/ou pela condenação pela "condução perigosa de automóvel rodoviário e de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previstos, respectivamente, nos artigos 291.º e 292.º do Código Penal"; de qualquer contra-ordenação muito "grave estabelecida no Código da Estrada ou da contra-ordenação grave de condução sob influência de álcool", nos últimos cinco anos.

É importante destacar que o item número 2⁴⁸³ do artigo 4.º da Lei em investigação, prevê que, após a reabilitação, não se considera a condenação pela prática dos crimes previstos no item número 1.

A legislação se refere ao vigilante⁴⁸⁴, como indicativo da falta de idoneidade para exercer a atividade, o fato de possuir na "declaração judicial de delinquente por tendência ou condenação transitada em julgado": a) com pena de prisão efetiva, "pela prática de qualquer

⁴⁸² "Artigo 7.º Idoneidade dos motoristas 1 - Considera-se indiciador de falta de idoneidade para a condução de automóveis para transporte de crianças a **declaração judicial de delinquente por tendência ou a condenação por decisão transitada em julgado: a) Em pena de prisão efectiva, pela prática de qualquer crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal; b) Pela prática de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual; c) Pela prática dos crimes de condução perigosa de automóvel rodoviário e de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, previstos, respectivamente, nos artigos 291.º e 292.º do Código Penal; d) Pela prática, nos últimos cinco anos, de qualquer contra-ordenação muito grave ao Código da Estrada ou da contra-ordenação grave de condução sob influência de álcool. 2 - A condenação pela prática de um dos crimes ou contra-ordenações previstos no número anterior não afecta a idoneidade de todos aqueles que tenham sido reabilitados, nem impede a DGTT de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade, tendo em conta, nomeadamente, o tempo decorrido desde a prática dos factos.**" Destacou-se.

⁴⁸³ "2 - A condenação pela prática de um dos crimes ou contra-ordenações previstos no número anterior não afecta a idoneidade de todos aqueles que tenham sido reabilitados, nem impede a DGTT de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade, tendo em conta, nomeadamente, o tempo decorrido desde a prática dos factos."

⁴⁸⁴ "Artigo 8.º Dos vigilantes [...] 6 - Considera-se indiciador da **falta de idoneidade** para exercer a actividade de vigilante a **declaração judicial de delinquente por tendência ou condenação transitada em julgado: a) Em pena de prisão efectiva, pela prática de qualquer crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal; b) Pela prática de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual. 7 - As condenações previstas no número anterior não afectam a idoneidade de todos aqueles que tenham sido reabilitados, nem impedem a entidade organizadora do transporte de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade do vigilante.**" Destacou-se.

crime que atente contra a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal; b) pela prática de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual" (art. 8.º). Da mesma forma que está estabelecido para o motorista, o item 7⁴⁸⁵ do artigo 8.º disciplina que, após a reabilitação, não se considera a condenação pela prática dos crimes previsto no item número 6.

Para as atividades previstas na Lei em investigação, a opção legislativa foi a mesma já referida quando se analisou a Lei n.º 113/2009. Ao escolher pela necessidade de apresentação de certidão de registos criminais, o legislador visa resguardar o que a doutrina denomina de direito fundamental de terceiro e o interesse social. Na situação de conflito entre a vida privada do empregado e a saúde física, psíquica e mental, em última análise, o direito à vida do menor teve prevalência, impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

É importante destacar que, para as atividades de motorista e de vigilante, desde que reabilitados, podem ser desconsideradas as penas aplicadas (art. 7.º, n.º 2 e 8.º, n.º 7).

Lei n. 155/2015⁴⁸⁶

A Lei n.º 155/2015, de 10 de agosto, de Portugal, estatui o regime jurídico do leiloeiro e apresenta, como condição para o exercício da atividade dos gerentes e administradores, a idoneidade. Estabelece o artigo 6.^{o487}, número 2, o que se considera como determinante para se reconhecer a inidoneidade: declaração de insolvente, ocorrida por

⁴⁸⁵ "7 - As condenações previstas no número anterior não afectam a idoneidade de todos aqueles que tenham sido reabilitados, nem impedem a entidade organizadora do transporte de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade do vigilante."

⁴⁸⁶ PORTUGAL. LEI n.º. 147/2015. **Diário da República Série I**, n.º 176 (2015-0-09), p. 7342-7500.

⁴⁸⁷ "Artigo 6.º Idoneidade 1 - A atividade leiloeira só pode ser exercida por pessoas singulares ou coletivas consideradas idóneas. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se que determina a inidoneidade da pessoa singular ou coletiva a verificação de alguma das seguintes circunstâncias: a) Ter sido declarada insolvente por decisão judicial nos últimos cinco anos, encontrar-se em fase de liquidação, dissolução ou cessação de atividade, sujeita a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou que tenha o respetivo processo pendente, salvo quando se encontrar abrangida por um plano especial de recuperação de empresas, sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial, ou procedimento extrajudicial de conciliação, ao abrigo da legislação em vigor; b) Ter sido condenada, com trânsito em julgado, pela prática de um dos seguintes crimes, desde que puníveis com pena de prisão superior a seis meses: i) Crimes contra o património; ii) Crime de tráfico de metais preciosos ou de gemas; iii) Crime de associação criminosa; iv) Crime de tráfico de estupefacientes; v) Crime de branqueamento de capitais; vi) Crime de administração danosa ou corrupção ativa; vii) Crimes de falsificação; viii) Crime de tráfico de influência; ix) Crimes tributários ou aduaneiros previstos no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho; x) Crimes previstos no Código da Propriedade Industrial; c) Ter sido condenada, com trânsito em julgado, pela prática de concorrência ilícita ou desleal; d) Encontrar-se inibida para o exercício do comércio, seja qual for a causa que o determine. 3 - Determina ainda a inidoneidade da pessoa coletiva a verificação de alguma das circunstâncias previstas no número anterior relativamente aos seus administradores, **diretores ou gerentes.**" Destacou-se.

decisão judicial, nos últimos cinco anos; achar-se "em fase de liquidação, dissolução ou cessação de atividade, sujeita a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou que tenha o respetivo processo pendente". A regra faz a ressalva de ser abrangido "por um plano especial de recuperação de empresas, sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial, ou procedimento extrajudicial de conciliação, ao abrigo da legislação em vigor".

Portanto, para o exercício de leiloeiro, os diretores ou os gerentes não podem ter praticado os crimes contra o património; de tráfico de gemas ou de metais preciosos; de associação criminosa; de tráfico de estupefacientes; de branqueamento de capitais; de corrupção ativa ou de administração danosa; de falsificação; de tráfico de influência; de delitos aduaneiros ou tributários insertos no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), decorrente da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho; dos regulados no Código da Propriedade Industrial; e, ainda, haver condenação pela prática de concorrência desleal ou ilícita, desde que com o trânsito em julgado.

Evidencia-se, mais uma vez, que o legislador fez a opção pela segurança patrimonial do resguardo de terceiro (interesse da sociedade), impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

Lei n. 147/2015⁴⁸⁸

A Lei n.º 147/2015, de 09 de setembro, de Portugal, estabelece o regime jurídico para a atividade e a permissão à seguradora e ressegurado, assim como o regime processual dos delitos especiais dos fundos de pensões e do setor segurador e às contraordenações processadas perante a Autoridade de Supervisão de Fundos de Pensões e de Seguro. Transporta para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2009/138/CE, decorrente do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 25 de novembro de 2009.

Estabelece esta Lei que, para que seja dada autorização para a atividade, são requisitados, dentre outros, do artigo 39.^o⁴⁸⁹, número 2º, "b" o "certificado do registro criminal

⁴⁸⁸ PORTUGAL. LEI n.º. 115/2015. **Diário da República Série I**, n.º 154 (2015-08-10), p. 673 - 5680.

⁴⁸⁹ "Artigo 39.º Autorização 1 - A constituição de sociedades gestoras de fundos de pensões depende de autorização a conceder pela ASF, estando esta autorização sujeita a publicação obrigatória, nos termos do artigo 19.º 2 - O requerimento para a constituição da sociedade deve referir o respetivo capital social, identificar os acionistas fundadores e as suas participações e ser acompanhado dos seguintes elementos: a) Projeto de estatutos; b) **Certificado do registo criminal** dos acionistas iniciais, quando pessoas singulares, e dos respetivos **administradores, diretores ou gerentes**, quando pessoas coletivas; c) Declaração de que nem os acionistas

dos acionistas iniciais, quando pessoas singulares, e dos respectivos administradores, diretores ou gerentes, quando pessoas coletivas".

Desse modo, é exigida dos administradores, diretores ou gerentes, quando pessoas coletivas, a certidão de registos criminais como requisito para autorização de funcionamento, representando que, se o empregado for contratado para tal fim, pode ser exigido o registo criminal para resguardar direito de terceiro, impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

Lei n. 45/2012⁴⁹⁰

A Lei n.º 45/2012, de 29 de agosto, de Portugal, estatui o regime jurídico de exercício e admissão à atividade de examinador de condução e a certificação das empresas formadoras, estabelecendo em seu artigo 4.^o⁴⁹¹ o que se considera para fins de prova da idoneidade. Assim, para se exercer a atividade ou função de examinador de condução não pode ter sido condenado por crime realizado no exercício da profissão, com decisão transitada em julgado.

Logo, do examinador de condução pode ser solicitada a certidão de registo criminal, pois a opção legislativa visa resguardar o que a doutrina denomina de direito fundamental de terceiro. Na hipótese, entendeu-se que o fato de ter sido condenado por delito praticado no desempenho da profissão de examinador é bastante para se concluir pela inaptidão momentânea e, conseqüentemente, evitar infrações ou abalroamento que pode conduzir em prejuízos a terceiros, inclusive à sua integridade física, impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

Lei n. 34/2013⁴⁹²

A Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, de Portugal, dispõe sobre a atividade de segurança privada. E estabelece em seu artigo 22.^o⁴⁹³ que são requisitos e incompatibilidades para o

iniciais nem as sociedades ou empresas cuja gestão tenham assegurado ou de que tenham sido administradores, diretores ou gerentes foram declarados em estado de insolvência ou falência;" Destacou-se.

⁴⁹⁰ PORTUGAL. LEI n.º. 45/2012. **Diário da República Série I**, n.º 167 (2012-08-29), p. 4805-4813.

⁴⁹¹ "Artigo 4.º Idoneidade **Não pode ser examinador de condução quem:** a) Esteja interdito ou suspenso do exercício da profissão; b) **Tenha sido condenado, por sentença transitada em julgado, por crime praticado no exercício da profissão de examinador.**" Destacou-se.

⁴⁹² PORTUGAL. LEI n.º. 34/2013. **Diário da República Série I**, n.º 94 (2013-05-16), p. 2921-2942.

⁴⁹³ "Artigo 22.º Requisitos e incompatibilidades para o exercício da atividade de segurança privada

desempenho de segurança particular: para os administradores ou gerentes da sociedade não terem cometido crime doloso, com condenação com o trânsito em julgado; não exercer, nem ter exercido "as funções de gerente ou administrador de entidade autorizada para o exercício da atividade de segurança privada condenada, por decisão definitiva ou transitada em julgado, nos três anos precedentes, pela prática de três contraordenações muito graves previstas", nos termos do artigo n.º 22.º, 1, "e"; "Não ter sido sancionado, por decisão transitada em julgado, com a pena de separação de serviço ou pena de natureza expulsiva das Forças Armadas", nos termos do artigo n.º 22.º, 1, "g".

Não podem, por conseguinte, exercer a função de diretor, gerente, formador de segurança ou vigilante quem for condenado por ter praticado de delito doloso com previsão no CPP e legislação penal, desde que haja o trânsito em julgado da decisão (art. n.º 22, 2 a 4).

Do diretor, gerente, vigilante ou formador de segurança de condução pode se requisitar a certidão de registro criminal, pois a opção legislativa visa resguardar o que a doutrina denomina de direito fundamental de terceiro. Na hipótese, compreendeu-se que o fato de ter acesso a armamentos poderia pôr em maior risco a sociedade no desempenho da profissão, impondo a restrição ao direito fundamental de esquecimento do candidato ao emprego.

1 - Os **administradores ou gerentes** de sociedades que exerçam a atividade de segurança privada devem preencher, permanente e cumulativamente, os seguintes requisitos: a) Ser cidadão português, de um Estado membro da União Europeia, de um Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou, em condições de reciprocidade, de um Estado de língua oficial portuguesa; b) Possuir a escolaridade obrigatória; c) Possuir plena capacidade civil; d) **Não ter sido condenado, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime doloso previsto no Código Penal e demais legislação penal;** e) Não exercer, nem ter exercido, **as funções de gerente ou administrador de entidade autorizada para o exercício da atividade de segurança privada condenada, por decisão definitiva ou transitada em julgado, nos três anos precedentes, pela prática de três contraordenações muito graves** previstas no Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 198/2005, de 10 de novembro, pela Lei n.º 38/2008, de 8 de agosto, e pelos Decretos-Leis n.os 135/2010, de 27 de dezembro, e 114/2011, de 30 de novembro, na presente lei ou em legislação laboral ou relativa à segurança social, ou pela prática de três contraordenações graves previstas em legislação fiscal; f) Não exercer, nem ter exercido, a qualquer título, cargo ou função de fiscalização do exercício da atividade de segurança privada nos três anos precedentes; g) Não ter sido sancionado, por decisão transitada em julgado, com a pena de separação de serviço ou pena de natureza expulsiva das Forças Armadas, dos serviços que integram o Sistema de Informações da República Portuguesa ou das forças e serviços de segurança, ou com qualquer outra pena que inviabilize a manutenção do vínculo funcional. 2 - **O pessoal de vigilância deve preencher, permanente e cumulativamente, os requisitos previstos nas alíneas a) a d), f) e g) do número anterior.** 3 - **O diretor de segurança e o responsável** pelos serviços de autoproteção devem preencher, permanente e cumulativamente, os requisitos previstos nas alíneas **a), c), d), f) e g)** do n.º 1, bem como ter concluído o 12.º ano de escolaridade ou equivalente. 4 - Os **formadores de segurança** privada devem preencher, permanente e cumulativamente, os requisitos previstos nas alíneas **c), d) e e)** do n.º 1, bem como ter concluído o 12.º ano de escolaridade ou equivalente, sendo que os gestores de formação e os coordenadores pedagógicos das entidades formadoras devem preencher permanente e cumulativamente os requisitos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1, bem como serem titulares de curso superior. [...]." Destacou-se.

Lei n. 8/2006⁴⁹⁴

A Lei n.º 8/2006, de 15 de março, de Portugal, dispõe sobre os requisitos de recrutamento e acesso para profissionais de banca nos cassinos. O seu artigo 5.^o⁴⁹⁵ prevê que são requisitos do recrutamento ter idoneidade para a profissão e considera como indicador da inidoneidade ter sido condenado com decisão transitada em julgado por cometer crime doloso contra o património ou outro delito cuja pena máxima seja de prisão superior a 5 anos.

Desta maneira, o trabalhador que pretende ser profissional de banca nos cassinos não pode ter condenação já transitada em julgado por cometer delito doloso contra o património ou outro crime cuja pena de detenção máxima tenha sido superior a 5 anos.

Na mesma situação da Lei n.º 34/2013, a opção legislativa visa garantir direito fundamental de terceiro e interesse da sociedade. Compreendeu-se que o fato de já ter condenação por crime doloso contra o património ou de outro delito punível com prisão e pena máxima superior a 5 anos, traz maior risco à sociedade na possibilidade de violação da salvaguarda de terceiro no desempenho da profissão, restando justificada a restrição do seu direito fundamental do esquecimento do trabalhador.

Decreto-Lei n.º 422/89⁴⁹⁶

O Decreto-Lei n.º 422/89, de 09 de setembro, de Portugal, disciplina as atividades relacionadas aos jogos de azar ou a fortuna e estabelece que são consideradas incapazes, não podendo constituir o corpo "social das concessionárias, da direção do cassino e/ou exercer a função de diretor, quem foi condenado por crime doloso com pena superior a seis meses" (art. 70.^o⁴⁹⁷).

⁴⁹⁴ PORTUGAL. LEI n.º. 8/2006. *Diário da República Série I-A*, n.º 53 (2006-03-15), p. 1856-1858.

⁴⁹⁵ "Artigo 5.º Requisitos gerais de recrutamento 1 - São **requisitos de recrutamento**, exigíveis a todo o pessoal: a) Ter, pelo menos, 18 anos de idade; b) Reunir as condições de idoneidade para o exercício da profissão. 2 - **Considera-se indiciador de falta de idoneidade a condenação por sentença transitada em julgado pela prática de crime doloso contra o património ou de qualquer outro crime punido com pena de prisão de máximo superior a 5 anos.** 3 - A verificação da situação a que se refere o número anterior não afecta a idoneidade para o exercício da profissão de todos aqueles que tenham sido reabilitados, nem impede o INFTUR de considerar, de forma justificada, que estão reunidas as condições de idoneidade, tendo em conta, nomeadamente, o tempo decorrido desde a prática do facto e a respectiva natureza e gravidade." Destacou-se.

⁴⁹⁶ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 422/89. *Diário da República Série I*, n.º 277 (1989-12-02), p. 5244-5266.

⁴⁹⁷ "Artigo 70.º Incapacidades Não pode fazer parte dos corpos sociais das concessionárias, das **direcções dos casinos ou exercer a função de director do serviço de jogos** quem tenha sido **condenado por crime doloso com pena de prisão superior a seis meses** ou tenha violado o disposto nos artigos 60.º e 108.º a 115.º" Destacou-se.

Reconhece-se, portanto, a impossibilidade do exercício da profissão pela condenação de crime doloso com penalidade de detenção superior a seis meses para os diretores dos cassinos ou diretor de serviços de jogos.

Na mesma hipótese da Lei n.º 34/2013 e da Lei n.º 8/2006, a opção legislativa tem por objetivo garantir direito fundamental de terceiro. Na situação, entendeu-se que o fato de já ter sido condenado por crime doloso com pena de prisão de máximo superior a seis meses, traz maior risco à sociedade no desempenho da profissão, sendo, por isso, justificável a restrição do direito fundamental do esquecimento do trabalhador.

Decreto-Lei n.º 18/2018⁴⁹⁸

O Decreto-Lei n.º 18/2018 de 29 de janeiro, de Portugal aprova o Código dos Contratos Públicos e dispõe que são impedimentos⁴⁹⁹, não podendo se candidatar, concorrer e/ou integrar agrupamento, as entidades que, como empresário individual ou os sócios diretores, de administração e/ou gerência, deste que se encontrem exercendo a atividade, tenham condenação por decisão transitada em julgado, pela prática dos crimes de participação em organização criminosa (art. 55.º, "i"), corrupção (art. 55.º, "ii"); fraude (art. 55.º, "iii") e branqueamento de capitais (art. 55.º, "iv").

Na mesma hipótese da Lei n.º 34/2013 e da Lei n.º 8/2006, a escolha legislativa objetiva garantir direito fundamental de terceiro. Na situação, admitiu-se que o fato de já ter sido condenado por decisão já com o trânsito em julgado por qualquer dos crimes previstos na Lei em estudo, traz maior risco à sociedade no desempenho da profissão, quando for empregado administrador, diretor ou gerente que possua tal registro criminal, sendo impedida de participar de contratos públicos a empresa em tais situações. Portanto, o empregador pode

⁴⁹⁸ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º 18/2018. *Diário da República Série I*, n.º 20 (2008-01-29), p. 753 - 852.

⁴⁹⁹ "Artigo 55.º Impedimentos Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que: [...] i) Tenham sido **condenadas por sentença transitada em julgado por algum dos seguintes crimes**, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenados pelos mesmos crimes os titulares dos órgãos **sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções**, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação: i) Participação em actividades de uma organização criminosa, tal como definida no n.º 1 do artigo 2.º da Acção Comum n.º 98/773/JAI, do Conselho; ii) Corrupção, na acepção do artigo 3.º do Acto do Conselho, de 26 de Maio de 1997, e do n.º 1 do artigo 3.º da Acção Comum n.º 98/742/JAI, do Conselho; iii) Fraude, na acepção do artigo 1.º da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias; iv) Branqueamento de capitais, na acepção do artigo 1.º da Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais;" Destacou-se.

exigir a certidão de registros criminais quando da formação do contrato de emprego, não ferindo direito ao esquecimento do futuro empregado.

Decreto-Lei n.º 03/2001⁵⁰⁰

O Decreto-Lei n.º 03/2001, de 10 de janeiro, de Portugal, estabelece o acesso à atividade de transporte rodoviário de cliente através de veículos com mais de nove lugares e prevê que, como requisito da idoneidade, não haja condenação dos gerentes, diretores e administradores pela prática dos crimes previsto na Lei (art. 5.^{o501}), sob pena de ser negado à empresa o acesso à atividade (art. 4.º).

A predileção legislativa visa garantir direito fundamental de terceiro. Na situação, aceitou-se que o fato de já ter sido condenado por decisão transitada em julgado por qualquer dos crimes previstos na Lei em pesquisa, traz maior risco à sociedade no desempenho da profissão quando for empregado administrador, diretor ou gerente que possua tal registro criminal. Desse modo, o empregador pode exigir a certidão de registros criminais quando da formação do contrato de emprego, não ferindo direito ao esquecimento do candidato ao emprego.

Decreto-Lei n.º 38/1992⁵⁰²

O Decreto-Lei n.º 38/1992, de 28 de março, de Portugal, disciplina a atividade de transporte de enfermos e estabelece que os administradores e os diretores não devem, portanto, possuir inibição do exercício do comércio por falência ou insolvência declarada,

⁵⁰⁰ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 03/2001. **Diário da República Série I**, n.º 8 (2001-01-10), p. 92-99.

⁵⁰¹ "Artigo 5.º Idoneidade 1 - A idoneidade é aferida pela inexistência de impedimentos legais, nomeadamente condenação pelos ilícitos previstos no n.º 2, quando praticados pelos **administradores, directores ou gerentes**. 2 - São consideradas idóneas as pessoas relativamente às quais se não verifique algum dos seguintes impedimentos: a) Proibição legal para o exercício do comércio; b) Condenação, com trânsito em julgado, por crime de tráfico de estupefacientes, por branqueamento de capitais, por fraude fiscal ou aduaneira; c) Condenação, com trânsito em julgado, por crimes de falência intencional, de apropriação ilegítima ou de administração danosa; d) Condenação, com trânsito em julgado, por crime contra a propriedade, em pena não inferior a 2 anos; e) Condenação, com trânsito em julgado, por crime de corrupção e tráfico de influência; f) Condenação, com trânsito em julgado, na medida de interdição do exercício da profissão, independentemente da natureza do crime; g) Condenação, com trânsito em julgado, pela prática de concorrência ilícita ou desleal; h) Condenação, com trânsito em julgado, por infracções graves e repetidas à regulamentação sobre tempos de condução e de repouso ou à regulamentação sobre a segurança rodoviária, nos casos em que seja decretada a interdição do exercício da profissão; i) Condenação, com trânsito em julgado, por infracções cometidas no exercício da actividade transportadora às normas relativas ao regime das prestações de natureza retributiva ou às condições de higiene e segurança no trabalho, à protecção do ambiente e à responsabilidade profissional, nos casos em que seja decretada a interdição do exercício da profissão." Destacou-se.

⁵⁰² PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 38/1992. **Diário da República Série I**, n.º 74 (1992-03-28), p. 1486-1488.

enquanto subsistir a inibição ou enquanto não decretada a reabilitação do insolvente ou falido, sob pena de a empresa não ter acesso à atividade⁵⁰³.

A escolha legislativa foi no sentido de salvaguardar direito fundamental de terceiro e o interesse da sociedade. Na situação, reconheceu-se que o fato de possuir inibição do exercício do comércio pela declaração de falência ou de insolvência, traz maior risco à sociedade no desempenho da profissão quando for empregado administrador, diretor ou gerente que possua tal registro criminal. Desse modo, o empregador pode exigir a certidão de registros criminais quando da formação do contrato de emprego, não violando direito ao esquecimento do candidato ao emprego.

Jurisprudência

No ordenamento jurídico português, a discussão sobre a exigência de certidão de registros criminais não se mostra tão acirrada como ocorre no Brasil. Foram encontrados alguns poucos acórdãos em que se observa não diretamente a problemática objeto da presente dissertação, mas que envolve embasamentos para a solução a ser concluída.

Traz-se à colação o Acórdão decorrente do Tribunal de Relação do Porto, proveniente do processo n.º 986/15.0TXPRT-A.P1, o qual teve como Relator Francisco Marcolino, julgado em 07/07/2016, e se reconhece que o acesso ao registro criminal pode dificultar a ressocialização, além de ser potencialmente causador de difamação e estigmatização. Prevê expressamente que, *in verbis*:

"[...] Ora, o Registo Criminal, tendo embora aquele efeito preventivo, não deve e não pode promover a estigmatização do condenado e não deve ser meio de evitar a sua socialização, designadamente impedindo o acesso ao emprego, contrariando a finalidade das penas. [...]"⁵⁰⁴

Como se observa, a decisão acima transcrita reconhece tanto o direito do ex-infrator à ressocialização quanto os estigmas que podem ser decorrentes de seu passado criminal, ou

⁵⁰³ "Artigo 2.º Autorização [...] 4 - A autorização referida nos números anteriores depende de requerimento, do qual deve constar obrigatoriamente: a) A área territorial onde se pretende exercer habitualmente a actividade; b) A natureza dos transportes a realizar; c) O número de veículos existentes a efectuar e suas características; d) Certidão do instrumento de constituição de pessoa colectiva e certidão comprovativa dos necessários registos; e) **Certificados dos registos criminal e comercial** referentes aos indivíduos **encarregados da administração, direcção ou gerência social**, comprovativos da inexistência de inibição do exercício do comércio por ter sido declarada falência ou insolvência, enquanto não for levantada a inibição ou decretada a reabilitação do falido." Destacou-se.

⁵⁰⁴ MARCOLINO, Francisco (relat.) - **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto com o número 986/15.0TXPRT-A.P1, de 07 de Julho 2016.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/de3a61b78e571e8280257ff80053cf62?OpenDocument>

seja, a real possibilidade de vir a ser discriminado caso a certidão de registros criminais pudesse ser requerida indistintamente e sem qualquer justificativa plausível.

4.2. POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na investigação das leis brasileiras, analisou-se a legislação referente ao cancelamento dos registros criminais, bem como as atividades ou profissões em que se exige a certidão de registros criminais como requisito de acesso ao emprego.

Para tanto, iniciar-se-á com a análise da Lei de Execução Criminal. Em seguida, as normas que tratam especificamente da limitação feita pelo legislador quanto à possibilidade de acesso aos registros criminais pelo empregador quando da formação do contrato de emprego.

Lei n.º 7.210/1984⁵⁰⁵

A Lei n.º 7.210/1984, de 11 de julho, do Brasil, denominada Lei de Execução Penal, objetiva efetivar o disposto na condenação criminal e assegurar condições para a inserção social do infrator.

Estabelece, em um de seus regramentos, a situação de dados dos ex-infratores com penalidade já cumprida ou extinta, declarando que não constarão de qualquer documento seja ele atestado, folha corrida ou certidão fornecida por auxiliares da Justiça ou por autoridade policial, nem mesmo qualquer referência à sentença/penalidade, salvo para a instrução de processo pela prática de novo delito ou outros casos abarcados em lei⁵⁰⁶.

Logo, a opção do legislador brasileiro foi na intenção de que, uma vez cumprida a penalidade, não se fornecerão informações sobre o passado criminal, salvo para instruir processo por ter cometido novo delito ou outras situações/casos destacados em lei. Dessa forma, todos os candidatos ao emprego que já cumpriram pena não poderão ter certidão de registros criminais, muito menos de forma a constar algo sobre suas práticas delitivas pelas quais já se cumpriu a penalidade.

Desse modo, apenas poderão obter certidões contendo informações sobre as infrações penais os candidatos ao emprego que estiverem com processo em curso ou com a

⁵⁰⁵ BRASIL. LEI n.º. 7.210/1984. **Diário Oficial da União Seção I**, (1984-07-11).

⁵⁰⁶ "Artigo 202: Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei".

penalidade a ser cumprida, o que não é alvo da investigação, ou os casos autorizados em lei, que serão a seguir analisados.

Lei n. 7.102/1983⁵⁰⁷

A Lei n.º 7.102/1983, de 20 de junho, do Brasil, regulamenta a segurança em estabelecimentos financeiros e dispõe normas para constituição e desenvolvimento das empresas privadas de vigilância e de transporte de valores, além de outras providências.

Constam de dois de seus artigos que, para o desempenho da atividade, os diretores e os demais empregados das empresas estabelecidas na Lei n.º 7.102/1983 não poderão possuir antecedentes criminais registrados (art. 12⁵⁰⁸). O mesmo é previsto para a profissão de vigilante (art. 16, VI⁵⁰⁹)

Assim sendo, para o desempenho das profissões de vigilante e para os empregados que trabalhem em empresas especializadas para os termos da Lei em apreciação, os empregadores podem exigir a certidão de registros criminais.

A predileção legislativa foi para salvaguardar direito fundamental de terceiro. No caso, compreendeu-se que ter acesso a armamentos, no desempenho da profissão, poderia pôr em maior risco a sociedade. Deste modo, o empregador pode exigir a certidão de registros criminais quando da formação do contrato de emprego, não ferindo direito ao esquecimento do candidato ao emprego.

Lei n. 9.503/1997⁵¹⁰

A Lei n.º 9.503/1997, de 23 de setembro, do Brasil, estabelece as diretrizes do Código de Trânsito do Brasil. Entre suas disposições, consta, como requisito para exercer o transporte de pessoas e para a condução coletiva de escolares, não possuir, em seus registros criminais, crimes de corrupção de menores, de estupro, de roubo ou de homicídio⁵¹¹.

⁵⁰⁷ BRASIL. LEI n.º. 7.102/1983. **Diário Oficial da União Seção I**, (1983/6/ 21).

⁵⁰⁸ "Art. 12 - Os diretores e demais empregados das empresas especializadas não poderão ter antecedentes criminais registrados." Destacou-se.

⁵⁰⁹ "Art. 16 - Para o **exercício da profissão, o vigilante** preencherá os seguintes requisitos: [...] VI - **não ter antecedentes criminais registrados;**" Destacou-se.

⁵¹⁰ BRASIL. CÓDIGO DE TRANSITO BRASILEIRO: Lei n.º. 9.503/1997. **Diário Oficial da União Seção I**, (1997/09/24).

⁵¹¹ "Art. 329. Os **condutores dos veículos** de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, **certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores**, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão

A opção legislativa foi na intenção de resguardar direito fundamental de terceiro. Na situação, entendeu-se que o fato por si só de ter acesso a crianças poderia colocá-las em risco maior que o habitual. Portanto, na situação de conflito entre a vida privada do empregado e a saúde física, psíquica e mental, em última análise, o resguardo à vida do menor teve prevalência. Desse modo, o empregador pode exigir a certidão de registros criminais quando da seleção para formação do contrato de emprego, não violando o amparo do direito ao esquecimento do candidato ao trabalho.

Estas são as normas existentes em Portugal e no Brasil sobre a premência de apresentação de antecedentes criminais no ato da candidatura ao emprego.

Jurisprudência

Diversamente do que ocorre em Portugal, no Brasil, a matéria sobre exigência de registros criminais no ato da formação do contrato de emprego suscita opiniões das mais diversas. Escolheram-se algumas das principais decisões a respeito do tema, julgadas pelos mais diversos Tribunais Trabalhistas do país.

Em sede de Tribunais Regionais, podem-se trazer à colação os acórdãos com as mais variadas fundamentações e conclusões, que foram estudados para fim de uniformizar a jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho, embora todos averiguem os casos sob a ótica da consequência da exigência, o que difere da presente investigação nesse particular:

Os processos n.º 243000-58.2013.5.13.0023⁵¹² e n.º 184400-89.2013.5.13.0008⁵¹³, julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, têm fundamentações próximas e rejeitam a alegação de ser discriminatória a conduta patronal de exigir certidão negativa de registros criminais, visto que se abrangiam todos os candidatos ao emprego. Argumentam ainda que as certidões são de domínio público, podendo ser obtidas por qualquer interessado,

responsável pela respectiva concessão ou autorização. Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao **transporte individual ou coletivo de passageiros** de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente. Art. 136. Os **veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares** somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto:" Destacou-se.

⁵¹² MACHADO, Hermenegilda Leite (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 243000-58.2013.5.13.0023, de 01 de Julho 2014.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

⁵¹³ CORDEIRO, Wolney de Macedo (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 184400-89.2013.5.13.0008, de 19 de Fevereiro 2014.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

bem como que existia precedente jurisprudencial IJ 0013800-59.2013.5.13.0000⁵¹⁴, no qual se decidiu que a solicitação de certidão de registros criminais em fase pré-contratual, quando o trabalhador é admitido e presta serviço, não gera dano moral. Ressalvam, não obstante, que haveria violação do princípio da dignidade da pessoa humana se certidão positiva houvesse impedido a contratação e, portanto, a reinserção social de trabalhador que cumprido a pena.

No processo n.º 0005434-77.2012.5.12.0005⁵¹⁵, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em que se questionou a solicitação de certidão para os empregados no setor de transporte de carga, o acórdão teve como fundamentação que a alegação de exigência da certidão protege interesse da coletividade, pela possibilidade de roubo das cargas de alto valor, e que o Conselho Nacional de Justiça, mesmo em ambientes de trabalho não susceptíveis a risco, possibilita a solicitação da certidão de antecedentes criminais (servidores do Poder Judiciário), bem como que o artigo 16, da Lei n.º 7102/1983, prevê a exigibilidade de certidão de registros criminais para agentes de transporte e de segurança de valores em estabelecimentos bancários e congêneres.

O mesmo Regional, nos processos 0000972-46.2014.5.12.0025⁵¹⁶ e 0000248-77.2011.5.12.0015⁵¹⁷, analisando validade de auto de infração por exigir certidão de antecedentes criminais para contratação, reconheceu que o artigo 2º da Lei 9.051/1995 não autoriza o acesso indiscriminado aos antecedentes criminais; a ciência do empregador sobre o passado criminal não garante um ambiente de trabalho saudável e seguro; a solicitação de certidão de registros criminais ofende os princípios constitucionais da dignidade humana e do valor social que o trabalho traduz e dificulta a reabilitação do infrator que os artigos 743, 744, 748 e, ainda, 749 do Código de Processo Penal asseguram, mantendo a validade do auto.

⁵¹⁴ BRITO, Vicente Vanderlei Nogueira de (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 0013800-59.2013.5.13.0000, de 18 de Dezembro 2013.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

⁵¹⁵ LEIRA, Maria de Lourdes (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região do Brasil com o número 0005434-77.2012.5.12.0005, de 16 de Agosto 2013.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=294159>

⁵¹⁶ BORINI, Luciana Ferro (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região do Brasil com o número 0000972-46.2014.5.12.0025, de 28 de Janeiro 2015.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=294159>

⁵¹⁷ COLUCCI, Viviane (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho a 12ª Região do Brasil com o número 0000248-77.2011.5.12.0015, de 26 de Março 2012.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=216524>

Já no processo n.º 00786-2013-060-03-00-5⁵¹⁸, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a decisão reconhece que exigir certidão do passado criminal não infringe o direito à preservação da intimidade ou da honra do trabalhador, inexistindo direito ao dano moral.

Estas são algumas das decisões que o Tribunal Superior do Trabalho levou em consideração para julgar o processo 243000-58.2013.5.13.0023⁵¹⁹, que teve como Redator o Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 09/10/2017, e uniformizou a jurisprudência sobre a solicitação de certidão de registros criminais. Nas razões de decidir, este Tribunal Superior entendeu que o dano moral estará caracterizado quando o requerimento da certidão de registros criminais de candidato configurar ato discriminatório ou não estiver previsto em lei, decorrer da natureza da atividade ou do nível maior de fidúcia exigido, sendo devida a indenização pelo simples requerimento, independente de o candidato ao posto de trabalho ter ou não sido contratado.

Portanto, são as mais diversas situações que ensejaram uma análise mais detalhada do tema e foram examinadas diante das situações em concreto apresentadas como conflitos de interesses do candidato ao emprego e do empregador, nas quais o Judiciário, diante dos casos concretos, foi instado a se pronunciar.

4.3. DO COTEJO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Do estudo das normas acima transcritas, que representam as restrições legislativas, e as estudadas ao longo da presente dissertação, extrai-se que os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil têm as seguintes divergências:

a) o lapso de permanência dos registros criminais, uma vez que, em Portugal, depende do tipo de crime cometido⁵²⁰ e, no Brasil, são extintos após cumprimento ou extinção da punibilidade⁵²¹, podendo ser informado para algumas situações previstas em lei;

⁵¹⁸ MENDONÇA, Jorge Berg de (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região do Brasil com o número 00786-2013-060-03-00-5, de 02 de Setembro 2014.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=6164646

⁵¹⁹ DALAZEN, João Oreste (relat.) - **Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil com o número 243000-58.2013.5.13.0023, de 20 de Abril 2017.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=241821&anoInt=2014>

⁵²⁰ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247 e PORTUGAL. LEI n.º. 13/2006. **Diário da República Série I-A**, n.º 75 (2006-04-17), p. 2783 - 2787. Art. 11º, da Lei n.º 37/2015, de 5/5 combinado com o art.º 4º, da Lei n.º 113/2009, de 17/9. a) Condenação por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual: 25 anos; b) Condenação por outro crime em pena de prisão superior a 8 anos: 10 anos; c) Condenação por outro crime em pena de prisão entre 5 e 8 anos: 7 anos; d) Condenação por outro crime em pena de prisão inferior a 5 anos, ou em pena de multa principal: 5 anos; e) Condenação por outro crime em pena substitutiva da pena principal: 5 anos; f) Decisões de dispensa de pena ou admoestação: 5 anos.

b) a legislação portuguesa separa em três situações as que podem advir de uma solicitação de registros criminais quando para fins de emprego, atividade ou exercício de profissão⁵²²: 1) nos casos não sujeitos à exigência normativa de ausência de registros criminais ou à avaliação de idoneidade, das certidões constarão apenas decisões que decretem a demissão de função pública ou que proíbam o desempenho de atividade, de função pública ou de profissão, ou que interditem o exercício; 2) nas situações em que há exigência legislativa de ausência de passado criminal ou da avaliação de idoneidade, constarão todas as decisões que ainda estejam no prazo de vigência, exceto se canceladas provisoriamente ou tenham determinação expressa de assim o fazer pelo Tribunal da condenação; e 3) os certificados emitidos para funções, empregos, profissões ou atividades, privadas ou públicas, inclusive as sem remuneração, desde que o exercício tenha contato regular com menores, devem conter sempre⁵²³, observando as regras anteriores de exigência ou não por lei, as condenações por crimes de maus tratos ou violência doméstica, contra a autodeterminação e a liberdade sexual e as punições que apliquem penalidades acessórias em condenações por delito de violência doméstica e/ou por crime contra a autodeterminação e a liberdade sexual. Já as leis brasileiras não fazem qualquer distinção;

c) em Portugal, os dados criminais ficam recolhidos em um único local, no SICRIM - Sistema de Informação de Identificação Criminal, previsto no Decreto-Lei n.º 171/2015, de 25 de agosto⁵²⁴. No Brasil, as informações constam de diversos bancos de dados, tendo como exemplo o da Polícia Federal, o da Polícia Judiciária dos Estados, o do Poder Judiciário e o do Conselho Nacional de Justiça;

d) em Portugal, o registro criminal contém todos os julgamentos criminais condenatórios ou que apliquem medidas de segurança, proferidos por Tribunais portugueses e, ainda, julgados criminais condenatórios de cidadão português ou de estrangeiro residente em Portugal, prolatadas por Tribunais estrangeiros, desde que informados na forma dos acordos internacionais⁵²⁵. No Brasil, a certidão de registro criminal abarca não apenas as

⁵²¹ BRASIL. LEI n.º. 7.210/1984. **Diário Oficial da União Seção I**, (1984-07-11). Art. 202: "Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei."

⁵²² PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247. Artigo 10º, transcrito acima.

⁵²³ Exceto se o Tribunal de Execução de Penas determinar a sua não transcrição em certificados.

⁵²⁴ PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 171/2015. **Diário da República Série I**, n.º 165 (2015- 25-08).

⁵²⁵ PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247. "**Artigo 6.** Âmbito do registo criminal Estão sujeitas a inscrição no registo criminal as seguintes decisões: a) Que apliquem penas e medidas de segurança, determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e declarem a sua extinção; b) Que concedam, prorroguem ou revoguem a liberdade condicional ou a

condenações criminais, mas também os processos iniciados sem julgamento⁵²⁶. O inquérito não mais constará devido à alteração legislativa provida pela Lei n.º 12.681/2012, que alterou o artigo 20, do Código Processo Penal do Brasil;

e) em Portugal, o requerimento de certidão feito pelo candidato ao emprego deverá conter a exigência por escrito do empregador com a devida justificativa. E apenas o ex-detento ou quem o represente pode fazer a solicitação. No Brasil, como a informação consta dos bancos de dados públicos, é acessível por qualquer pessoa através da internet; e

f) a legislação portuguesa restringe o direito fundamental à vida privada, resguardado pelo direito ao esquecimento, quanto às diversas profissões analisadas no item 4.1., sendo comuns com a brasileira apenas a de vigilantes e condução de transporte de menores, autorizando a requisição de certidão do histórico criminal nestes casos.

Os pontos convergentes das normas analisadas nesta investigação entre Portugal e Brasil são:

a) o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como de importância fundamental nos textos constitucionais, servindo de inspiração e amparo para as demais normas, devendo qualquer interpretação ser feita à luz de tal princípio;

b) o reconhecimento do direito fundamental à vida privada com um arcabouço de outros direitos que o salvaguarda, sendo um dos exemplos, o direito ao esquecimento, defendido na presente investigação;

c) o reconhecimento do direito fundamental à intimidade/privacidade, bem como a autodeterminação informativa e a proteção de dados, todos representando facetas da proteção à vida privada e concretização do princípio da dignidade humana;

d) Brasil e Portugal não acatam a pena de morte como regra geral e reconhecem o direito à reinserção social como direito fundamental do ex-detento de se reintegrar no seio da sociedade;

e) o reconhecimento do direito fundamental à livre iniciativa e à propriedade privada, garantindo o direito de constituir, manter e gerir uma empresa;

liberdade para prova; c) De dispensa de pena; d) Que determinem a reabilitação de pessoa coletiva ou entidade equiparada; e) Que determinem ou revoguem o cancelamento provisório no registo; f) Que apliquem perdões ou amnistias, ou que concedam indultos; g) Que determinem a não transcrição em certificados do registo criminal de condenações que tenham aplicado; h) Os acórdãos proferidos em recurso extraordinário de revisão; i) Os acórdãos de revisão e confirmação de decisões condenatórias estrangeiras." Destacou-se.

⁵²⁶O inquérito não mais constará devido à alteração legislativa provida pela Lei n.º 12.681/2012, que alterou o art. 20, do Código Processo Penal do Brasil.

f) a restrição legislativa do direito fundamental à vida privada, resguardado pelo direito ao esquecimento, quanto à profissão de vigilantes e condução de transporte de menores, autorizando a solicitação de certidão sobre o passado criminal;

g) muito embora os dois países tenham regramento sobre a discriminação, a legislação portuguesa é mais detalhada e esmiúça as situações, inclusive quanto à formação do contrato de trabalho; contudo, nos dois países, a discriminação é vedada com direito à indenização, caso comprovada.

4.4. SUGESTÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já ressaltado no decorrer do estudo, a possibilidade de discriminação do ex-detento é grande. O fato de possuir um passado criminal ainda presente em seus registros penais leva o candidato ao emprego à possibilidade de sofrer estigmatização e, conseqüentemente, discriminação para não ser contratado. Por esse motivo, é tão importante o reconhecimento de que só em casos excepcionais se possa ter acesso às certidões de registros criminais.

Com a finalidade de que não ocorram discriminações, o direito ao esquecimento apresenta a possibilidade de não exigência do passado criminal do candidato ao emprego.

O problema objeto de análise é um exemplo concreto e muitas vezes ilustrado nos manuais, com o diferencial do corte relacionado à certidão de antecedentes criminais, ou seja, o direito à vida privada, resguardado pelo direito ao esquecimento, e o de informação, como é o já citado caso Lebach⁵²⁷.

Assim, levando em consideração a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais e o dever de se buscar máxima eficácia dos dispositivos constitucionais, é imprescindível que a interpretação constitucional tenha por orientação a harmonização de todos os dispositivos que a integram.

Como nenhum direito fundamental é absoluto, o direito ao esquecimento do empregado pode ser limitado pela exigência de certidão de antecedentes criminais pelo empregador, em virtude do seu direito à propriedade privada e informação. O próprio artigo 47.º, n.º 1, da CRP, já prevê a livre escolha da profissão como um direito que pode ser restringido por imposições legais de interesse coletivo ou se relacionadas à própria capacidade.

⁵²⁷ Vide páginas 35 e 90.

A interpretação das normas constitucionais deve ser feita de forma que tenham uma coesão e respeitem as peculiaridades da hermenêutica constitucional e o princípio ou máxima da proporcionalidade, além de ser feita à luz da dignidade da pessoa humana.

De modo geral, a exigência de certidão criminal não se justifica. O futuro empregador detém outros meios de averiguar a aptidão do empregado para o serviço e a salvaguarda de seus bens não é motivo suficiente para violar o direito ao esquecimento do empregado, posto a alteridade da atividade empresarial.

É importante destacar que a solicitação de certidão do histórico criminal não se expressa como meio menos gravoso para a obtenção do fim desejado de avaliação da capacidade laborativa do trabalhador. O empregador pode utilizar-se de outros recursos, como teste psicológico, dinâmica de grupo etc., os quais se mostram mais adequados e poderiam revelar a predisposição para a prática de crime. Acrescente-se, também, que a ciência do empregador quanto a registros criminais não garante um meio ambiente saudável e seguro.

Pensar de forma diversa é dizer que tanto Portugal quanto o Brasil não acreditam em seus institutos prisionais e, conseqüentemente, na ressocialização dos ex-detentos, vez que não é o fato de já ter cometido crime que induz, automaticamente, à possibilidade de praticá-lo novamente.

Logo, como regra geral, o sacrifício exigido do empregado - violação de sua vida privada, resguardado pelo direito ao esquecimento, por circunstância que o próprio Estado não mais lhe reconhece como devedor, pelo cumprimento da pena - não se condiz como proporcional ou razoável, haja vista as inúmeras outras possibilidades de o empregador preservar seu patrimônio. Portanto, na generalidade, deve preponderar o direito ao esquecimento do empregado, com a impossibilidade de exigência de certidão de registros criminais para que não haja a possibilidade de discriminações.

Como visto nos itens 4.1.e 4.2., Portugal e Brasil possuem algumas leis esparsas que disciplinam as situações em que ocorre o choque de interesses entre o direito ao esquecimento do empregado e o de informação do empregador. Existem, não obstante, várias outras possibilidades. Algumas apresentam similitude com os fatos já legislados, outras são totalmente diversas. Entretanto, poderiam ter uma maior atenção do legislador.

Alguns exemplos podem ser citados, como é o caso de trabalho com idosos ou vulneráveis por alguma debilidade física ou mental, visto que esse labor muito se assemelha ao resguardo que a norma faz aos menores e visa preservar a integridade física, emocional e psíquica, em última análise, a própria vida. Também se poderia cogitar a situação de gerente de banco, em que o grau de fúcia e a probabilidade de lesionar direito de terceiro traz

semelhança com as situações da legislação portuguesa ao tratar de atividade de cassinos e fundos de pensões. Estes são apenas alguns dos exemplos que poderiam ser resolvidos por analogia.

No entanto, existem outros exemplos que não têm similitude com os fatos escolhidos pelo legislador, quer português, quer brasileiro. Pode-se citar a situação das pessoas que trabalham em hospitais, pelo acesso a medicamentos, ou de porteiros de prédios residenciais, pela possibilidade de ter acesso às residências, ou do trabalho em residências, como existia na lei brasileira revogada.

Em Portugal, a norma prevê que, nas situações não autorizadas em lei, não constarão informações sobre o histórico penal, salvo a perda da função pública ou impossibilidade de exercício da profissão ou atividade, e a recolha dos dados é sempre fornecida pelo SICRIM, lembrando-se da imperativa necessidade de o empregador justificar a exigência.

Também é positivado nesse país, que as informações não estão disponíveis para qualquer pessoa. Apenas o interessado⁵²⁸ e algumas autoridades especiais como o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Polícia, dentre outros, podem consultar os dados penais registrados⁵²⁹ sobre os ex-infratores.

Porém, essas regras não tem correspondência no Brasil. Os dados previstos no histórico criminal do ex-detento constam ou podem constar de diversos bancos de dados, não ficando restrito a um único órgão. E, mais grave, pode, inclusive, ser obtido na internet por qualquer pessoa sem necessidade de justificativa ou autorização. Assim, se o empregador solicitar do candidato ao emprego a informação sobre a existência de passado criminal, para a qual a lei não exige sequer justificativa do empregador, o trabalhador a apresentará por ser facilmente acessível. E, mesmo a Lei de Execução Penal prevendo que não deve conter nenhum dado sobre o passado criminal, posto que cumprida a pena, a informação sobre a existência de registros criminais constará da certidão, conseqüentemente, torna passível de discriminação o candidato ao emprego.

O ordenamento jurídico do Brasil precisa, portanto, rever os seguintes pontos: a) a forma e quem pode ter acesso às informações de registros criminais para fazer valer o que já está positivado na Lei de Execução Penal; b) concentrar, em único órgão, a recolha e distribuição da informação sobre o histórico criminal; c) adotar, como regra, nas situações em que o legislador não optou por entender que deveria haver a preponderância do acesso à

⁵²⁸ O interessado só poderá solicitar o registro criminal pessoalmente ou através de certificação, podendo ainda ser feito através de procuração.

⁵²⁹ PORTUGAL. LEI n°. 37/2015. Artigo 8º, da Lei n° 37/2015, de 5/5.

informação, que nas certidões de registros criminais constem apenas a perda da função pública ou a impossibilidade do exercício da profissão ou atividade, como, exhaustivamente, visto que ocorre no direito português.

CONCLUSÃO

As Constituições de Portugal e do Brasil elevaram o princípio da dignidade da pessoa humana à base e a fundamento do ordenamento jurídico, fazendo com que a centralidade na pessoa humana seja um valor-guia, inclusive dos direitos fundamentais. A dignidade humana confere unidade de valor, de concordância prática e de coerência ao sistema jusfundamental. O ser humano representa razão e finalidade da sociedade e do Estado e materializa-se através das normas de direitos fundamentais.

A ordem jurídica constitucional luso-brasileira positivou, como regra geral, o direito fundamental da pessoa à proibição de pena de morte ou perpétua (art. 5º, XLVI, "a" e "b", da Constituição da República Federativa do Brasil e art. 30º, 1, 4 e 5, da Constituição da República Portuguesa). Portugal e Brasil acreditam, pois, na capacidade de ressocialização dos seus institutos prisionais.

A reinserção dos ex-detentos na sociedade não se mostra como a mais fácil das tarefas e representa a vinculação direta aos direitos fundamentais do ex-encarcerado. Contudo, também reverbera sobre todos que anseiam viver com dignidade e segurança e são afetados pelos efeitos da delinquência.

Um dos pontos principais para ressocialização dos ex-infratores, após cumprirem as penas, é ter garantido o direito de ser cidadão e ser digno de receber tratamento condizente pelo Estado e pela sociedade. E, via de consequência, o direito a buscar um posto de trabalho é um deles, haja vista que a pessoa não tem dignidade sem condições de subsistência.

Assim, o direito ao esquecimento representa a possibilidade de um ex-infrator conseguir inserir-se no mercado de trabalho sem grandes questionamentos e estigmatizações que poderiam levar a ser discriminado. Amparado no princípio da dignidade humana e nos direitos fundamentais de reinserção social e de livre desenvolvimento da personalidade e inspirado nos de intimidade/privacidade, de autodeterminação informacional, de proteção de dados, o direito ao esquecimento apresenta-se, para a investigação, como o direito fundamental do candidato a emprego de ter seu passado criminal esquecido e não mais questionado, como faceta de resguardo de sua vida privada.

Ao empregador, em contrapartida, é reconhecido o direito de ter acesso a todas as informações que entender necessárias para averiguar o melhor candidato ao posto oferecido, em virtude dos direitos fundamentais de iniciativa privada e da propriedade, capitaneado pelo direito, também fundamental, de informação.

Desse modo, interpretados isoladamente, os textos constitucionais são incompatíveis entre si para resguardar os direitos fundamentais de cada titular. De um lado, o direito do empregado protegido pelo direito ao esquecimento e, do outro, o do empregador a informações referentes a seus futuros empregados.

Se não se harmonizarem os dispositivos, quer sejam da Constituição da República Portuguesa, quer da Brasileira, poder-se-ia entender que o direito à vida privada do candidato ao emprego, neste particular, protegido pelo direito fundamental ao esquecimento, seria intangível e, via de consequência, não poderia ser limitado e muito violado pela exigência de certidão de registros criminais, por ser faceta de concretização da dignidade da pessoa humana.

Todavia, os direitos fundamentais apresentam-se como relativos e não absolutos. Podem, portanto, entrar em conflito entre si, o que impõe certa quantidade de limitações recíprocas. Para solução de choques de direitos fundamentais, a ponderação de bens ou interesses recebeu importância especial na doutrina e na jurisprudência. Sua perspectiva axiológica adquirida no pós-positivismo foi sistematizada, considerando um catálogo de princípios para a interpretação constitucional, especificamente: a unidade da constituição, a supremacia da constituição, a interpretação conforme a constituição, a presunção de constitucionalidade das regras e dos atos editados pelo poder público, a efetividade e a proporcionalidade. Por isso, os textos constitucionais não devem ser interpretados isoladamente, sob pena de se conduzir a contradições invencíveis.

Portugal e Brasil têm como opção legislativa a exceção do empregador poder exigir a certidão de registros criminais como requisitos de verificação de sua capacidade para o trabalho. Prevalece, como regra, o não acesso aos registros criminais dos candidatos a emprego.

Assim, o direito ao esquecimento está reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao se prever que os ex-detentos, que cumpriram integralmente a pena, terão os registros criminais cancelados, não autorizando sua utilização para qualquer fim, salvo os casos expressos em lei (art. 202, da Lei de Execução).

O legislador português, da mesma forma, fez prevalecer o direito ao esquecimento na situação que o candidato ao emprego não venha a exercer nenhuma das atividades ou profissões em que se exigem os registros criminais ou a avaliação de idoneidade⁵³⁰.

⁵³⁰ Contudo, constará da certidão informações relativas as decisões que decretem a demissão de função pública ou que proíbam o exercício de função pública, de profissão ou de atividade, ou que interditem esse exercício.

Nas restrições legislativas, optou-se por limitar o direito fundamental do empregado de ter seu passado criminal esquecido para que pudesse ter oportunidade de exercer seus direitos constitucionais, pelo confronto com o direito à vida, pela proteção de menor, à segurança e interesse da sociedade e ao patrimônio do Estado, quando existir risco potencial de violação de quaisquer desses direitos de terceiros pontualmente resguardados.

Das normas luso-brasileiras estudadas, percebe-se que o legislador decidiu pela restrição do direito fundamental de esquecimento do candidato a emprego apenas nos casos em que o exercício da atividade ou profissão coloque em risco potencial a violação a direito de terceiro ou interesse social. Em outras palavras, em se tratando de empregados cujas atividades terão repercussão direta em direitos fundamentais de terceiros, a exemplo do contato com os menores (previsto na legislação portuguesa), é idônea a exigência da certidão de antecedente criminal.

Nesse caso, é o bem jurídico da integridade física, psíquica e emocional da criança (terceiro) que se resguarda - em última análise, o direito primordial à vida, assim como o interesse social na segurança, ainda que patrimonial do terceiro. Da mesma forma, nas situações de atividade de vigilância pelo manuseio da arma de fogo e na condução de veículos sem a devida habilitação, protege-se o direito à vida do terceiro.

Contudo, a concretude no Brasil do direito ao esquecimento do passado criminal prescinde da normatização pelo legislador da concentração dos registros criminais em único banco de dados e a limitação de seu acesso; adotar, como regra, nas situações em que o legislador não optou por entender que deveria haver a preponderância do acesso à informação, que nas certidões de registros criminais constem apenas a perda da função pública ou a impossibilidade do exercício da profissão ou atividade.

REFERÊNCIAS

FONTES DOCUMENTAIS

GERAIS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, n.: 191 -A, (1988/10/05), p. 1-32.

ITÁLIA. CONSTITUIÇÃO da República Italiana: *Costituizione Italiana edizione in lingua portoghese*. Milão: Senato della Repubblica. [sd].

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 978-972-724-586-4.

PORTUGAL. CÓDIGO Penal. Decreto Lei n.º 48/95, de 15 de Março. [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

PORTUGAL. CÓDIGO do Trabalho: Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ESPECÍFICAS

BRASIL. CÓDIGO de Transito Brasileiro: Lei nº. 9.503/1997. **Diário Oficial da União Seção I**, (1997-09-24), p. 21201.

BRASIL. LEI nº. 6.242/1975. **Diário Oficial da União**, (1975-09-24), p. 12674.

BRASIL. LEI nº. 7.102/1983. **Diário Oficial da União Seção I**, (1983-6-21).

BRASIL. LEI nº. 7.210/1984. **Diário Oficial da União Seção I**, (1984-07-11) .

BRASIL. LEI nº. 13.105/2015. **Diário Oficial da União Seção I**, (2015/03/17).

BRASIL. LEI nº. 13.709/2018. **Diário Oficial da União Seção** , (2018-8-15).

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 03/2001. **Diário da República Série I**, n.º 8 (2001-01-10), p. 92-99.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 18/2018. **Diário da República Série I**, n.º 20 (2008-01-29), p. 753-852.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 38/1992. **Diário da República Série I**, n.º 74 (1992-03-28), p. 1486-1488.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 171/2015. **Diário da República Série I**, n.º 165 (2015- 25-08).

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 422/89. **Diário da República Série I**, n.º 277 (1989-12-02), p. 5244-5266.

PORTUGAL. LEI n.º. 8/2006. **Diário da República Série I-A**, n.º 53 (2006-03-15), p. 1856-1858.

PORTUGAL. LEI n.º. 13/2006. **Diário da República Série I-A**, n.º 75 (2006-04-17), p. 2783-2787.

PORTUGAL. LEI n.º. 14/2014. **Diário da República Série I**, n.º 24 (2014-03-18), p. 2015-2030.

PORTUGAL. LEI n.º. 34/203. **Diário da República Série I**, n.º 94 (2013-05-16), p. 2921-2942.

PORTUGAL. LEI n.º. 37/2015. **Diário da República Série I**, n.º 86 (2015-05-05), p. 2239-2247.

PORTUGAL. LEI n.º. 45/2012. **Diário da República Série I**, n.º 167 (2012-08-29), p. 4805-4813.

PORTUGAL. LEI n.º. 67/1998. **Diário da República Série I**, n.º 247 (1998-10-26), p. 5536-5546.

PORTUGAL. LEI n.º. 113/2009. **Diário da República Série I**, n.º 181 (2009-09-17), p. 6620-6621.

PORTUGAL. LEI n.º. 115/2015. **Diário da República Série I**, n.º 154 (2015-08-10), p. 673-5680.

PORTUGAL. LEI n.º. 147/2015. **Diário da República Série I**, n.º 176 (2015-0-09),p. 7342-7500.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 03/2001. **Diário da República Série I**, n.º 8 (2001-01-10), p. 92-99.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 18/2018. **Diário da República Série I**, n.º 20 (2008-01-29), p. 753-852.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 38/1992. **Diário da República Série I**, n.º 74 (1992-03-28), p. 1486-1488.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 171/2015. **Diário da República Série I**, n.º 165 (2015-08-25), p. 6290-6300.

PORTUGAL. DECRETO-LEI n.º. 422/89. **Diário da República Série I**, n.º 277 (1989-12-02), p. 5244-5266.

UNIÃO EUROPEIA: CARTA de Direitos Fundamentais da União Europeia - 2000/C 364/01, de 26 de Outubro de 2012. [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

UNIÃO EUROPEIA. CONVENÇÃO Europeia de Direitos Humanos - 1950, de 4 de Novembro. [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

UNIÃO EUROPEIA. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948. [Em linha]. [Consult. 13 Set. 2018]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html

UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho em 24 de outubro de 1995. [Em linha]. [Consult. em 05 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>

UNIÃO EUROPEIA. PROTOCOLO adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2018]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO Geral sobre a Protecção de Dados – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27 de Abril de 2016. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>

UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO Geral sobre a Protecção de Dados – Regulamento (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27 de Abril de 2016. [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>

BIBLIOGRAFIA

GERAL

Livro

FRAGA, Luís Alves de – **Metodologia da Investigação**. por Abdul's Angels.
Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015.

ESPECÍFICA

Livro

ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: [sn]. [sd], nº 217 (Jul./Set. 1999), p. 67-79.

_____ – **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 5ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Angela - **Trabalhando para a reintegração social: O Contributo do Trabalho Prisional para a Reintegração Social**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. 60 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - **Direitos da personalidade do trabalhador e o poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2539-8.

ALVES, Amy Adelina C. Faria - **De volta à sociedade: o mundo lá fora**. Aracaju: UFS/ Fundação Oviêdo Teixeira, 2001. ISBN 85-87-110-17-9.

AMADO, João Leal - **Contrato de trabalho**. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1695-0.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

APOSTOLIDES, Sara Costa - **Do dever pré-contratual de informação e de sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724034423.

BALLESTEROS, Inmaculada Jiménez-Castellanos - **El derecho al olvido digital del pasado penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2018. 390 f. Tese de Doutoramento de Direito Constitucional.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de - **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1264-0.

BARROS, Suzana de Toledo - **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto - **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). BARROSO, Luís Roberto. Org. In **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. - **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 8ª ed., rev., aum. e mod. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-20827-8.

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. ISBN 978-85-7420-886-2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____ - **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [sd].

_____; MOREIRA, Vital - **Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARVALHO, Augusto César Leite de - **Garantia de indenidade no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - A dignidade da pessoa humana: princípio dos princípios constitucionais. In **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

CASTRO, Catarina Sarmiento e - **Direito da Informática, Privacidade de Dados Pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 9789724024240.

CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de - Preso um dia, preso toda a vida: a condição de estigmatização do egresso penitenciário. **Temas IMEC: Sociedade, Direito, Saúde**. São Paulo: n.º 2, vol. I (Dez. 1984). p. 101-117.

CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: LTr, 2015. Versão digital: LTr 8550.5. ISBN 978-85-361-3233-4.

CORDEIRO, António Menezes - **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA JUNIOR, Paulo José da - **O direito de estar só**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3099-9.

DELGADO, Gabriela Neves – **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. Versão digital: LTr 8860.0. ISBN 978-85-361-8701-3.

DELGADO, Maurício Godinho - **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017. Versão digital: LTr 9163.7. ISBN 978-85-361-9279-6.

_____ - **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DONEDA, Danilo - **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-562-8.

DRAY, Guilherme Machado - **Direitos da personalidade: Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____ - **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8495-1.

DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

EFING, Antônio Carlos - Bancos de dados e cadastros de consumidores.
Biblioteca de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
Vol. 18..

FACHIN, Luiz Edson - Fundamentos, Limites de Transmissibilidade – Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ.** Rio de Janeiro: [sn]. Ano 2005, n.º 31, vol. 8. p. 51-69.

FARIAS, Edmilson Pereira de - **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____ - **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.
287 f. Tese de Doutorado em Direito.

FELICIANO, Guilherme Guimarães - **Do pré-contrato de trabalho: o contrato preliminar de trabalho no iter da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental.** São Paulo: LTr, 2010. ISBN 978-85-361-1582-5.

FELBERG, Rodrigo - **A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicação às ações afirmativas.** São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do trabalho.** 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Aluísio Henrique - **O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado.** São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-1653-2.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GARCIA, Emerson – Instrumentos de Defesa dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: a funcionalidade da Ação Popular e da Ação Civil Pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. ISSN 1413-3873. Ano 2016, n.º 59, (Jan/Mar 2016), p. 137-153.

GOUVEIA, Jorge Barcelar - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Revista Direito UFMS**. Campo Grande: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Ano 2015, Ed. Especial, (Jan/Jun 2015), p. 35-85.

_____ - **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2013.

GUERRA, Amadeu - **A privacidade no local de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004.

JAKUTIS, Paulo - **Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito no Brasil e dos Estados Unidos**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 85-361-0857-6.

LOURENÇO, Paula Meira - **Os deveres de informação no contrato de trabalho**. Lisboa: RDES, 2003.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante - **O valor constitucional para efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 85-361-0797-42539-8.

MALLET, Estevão - **Igualdade e discriminação em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2481-0.

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres - *Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales.** Bogotá: Misión Jurídica. Ano 2017, n.º 13, p. 209-231.*

MARTINS, Rosemiro dos Reis - Direitos fundamentais: o princípio da vedação do retrocesso e a perda da soberania nacional. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. ISSN 1980-7791. Ano 2015, v.10, n.º 3 (2º quadrimestre 2015), p. 1497-1527.

MARTINEZ, Pedro Romano - **Direito do trabalho.** 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____ ; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme Machado; SILVA, Luís Gonçalves da - **Código do Trabalho anotado.** 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. ISBN 85-7420-047-6.

MENDES, Gilmar Ferreira - COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional.** 3ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge - Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. In **Revista Española de Derecho Constitucional.** [sl]: Año 6, nº 18 (Scpliembre-Didembre 1986), p. 107-138.

_____ - **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____ ; MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada.** Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. ISBN: 978-85-362-6006-8.

MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho - **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador**. Coimbra:Coimbra, 2004.

MORENO, Abdon Pedrajas - ***Despido y derechos fundamentales - estudos de la presunción de inocencia***. Madrid: Editora Trotta, 1992. ISBN: 9788487699467.

MORI, Amaury Haruo - **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1830-7.

MOURA, Emerson Affonso da Costa – Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: a Garantia dos Pressupostos Essenciais ao Processo Democrático pelas Cortes Constitucionais. **Revista de Direito Público**. Londrina: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP, ISSN 1980-511X. Ano 2014, v. 9, n.º 1, p. 227-244.

MURARI, Marlon Marcelo - **Limites Constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1151-3.

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3.

_____ – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade.** Vol. II, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6346-1.

_____ – **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASTORE, José - **Trabalho pra ex-infratores.** São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10573-7.

PAVELSKI, Ana Paula - **Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador.** Curitiba: Juruá, 2009. ISBN 978-85-362-2765-8.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique - ***Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.*** 5^a ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____ - ***Los Derechos Fundamentales.*** 6^a ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Denise - **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. 287 f. Tese de Doutorado em Direito.

PINTO, Paulo Mota - A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In **Estudo em homenagem a Cunha Rodrigues.** Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 527-558.

_____ - O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coordenador). In **Portugal-Brasil ano 2000.** Coimbra: Coimbra, 1999, p. 149-246.

PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PORTAS, M^a Begoña López - *La Configuración Jurídica Del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE*. **UNED - Revista de Derecho Político**. [sl]: n.º 93, (Maio/Agosto 2015), p. 143-175.

PORTO, Noemia - **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2480-3.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática geral**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____, Maria do Rosário Palma - **Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais**. 3ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda - Reinserção social: para uma definição do conceito. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: [sn]. Ano 1982, n.º 34, (Jul./Dez. 1982), p. 24-47.

ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4ª ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-361-2144-4.

ROSÁRIO, Pedro Trovão - O direito ser esquecido. **Revista do Direito**. Rio Grande do Sul: [sn]. Ano 2017, n.º 53, vol. 3, (Set./Dez. 2017). p. 121-139.

ROUSSEAU, Jean-Jacques - **Do Contrato Social**. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3ª ed., ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RUGGIERO, Roberto de - **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Campinas: Booksellers, 1999.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza - **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2880-1.

SANTOS, Fernanda dos Santos - **Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. 277 f. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____ – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; FERREIRA NETO, Arthur M. - **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____ - **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____ – **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHREIBER, Anderson – **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo:Atlas, 2014.

SILVA, Germano Marques da - **Direito Penal Português – Parte Geral III. Teoria das Penas e Medidas de Segurança**, 2.^a ed rev. e atual. Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da – **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____ - **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.^a ed. 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____ - Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI; Catarina Helena Cortada (orgs.). In **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

SIMÓN CASTELLANO, Pere - ***El régimen constitucional del derecho al olvido digital***. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012. Edição do Kindle - e-book.

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

_____ - **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Paraná: Universidade Federal de Paraná, 2000. 251 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

TEPEDINO, Gustavo - **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro, Temas de Direito Civil**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WARREN, S. D.; Brandeis, L. D. - *The Right to Privacy*. **Harvard Law Review**. Boston: Vol. IV, nº 5 (dezembro 1890). p. 193-220.

Documentos eletrônicos (internet)

ABRIL, Patrícia S.; MORENO, Eugenio Pizarro - ***La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido.*** [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2015]. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/1031.pdf>

BARROSO, Luiz Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** [Em Linha]. [Consult. em 6 Out. 2015]. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

CASTRO, Catarina Sarmento e - **Direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade à segurança no pós 11 de setembro.** [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2018]. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação.** [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018] Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85280/direito_esquecimento_sociedade_chehab.pdf

DE TERWANGNE, Cécile - ***Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido.*** [Em linha]. [Consult. em 18/09/2015]. [Consult. em 18/09/2015]. Disponível em http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp.

FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da - **A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol.** [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2018] Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>

HOBOKEN, Joris van - **The proposed right to be forgotten seen from the perspective of our right to remember.** [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2018].

Disponível em http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf

LETURIA I., Francisco J. - **Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo ou una respuesta típica a las colisiones entre ciertos fundamentos?** [Em linha]. [Consult. em 04 Out. 2018]

Disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100005#n13

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro - **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes.** [Em linha]. [Consult. 08 janeiro. 2019].

Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>

MIRANDA, Jorge - **O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais. Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa.** [Em linha]. [Consult. 16

Out. 2018]. Disponível em http://www.cjlp.org/principio_eficacia_juridica_direitos_fundamentais.html.

OLIVEIRA, Rogério Irineu de - **A garantia dos direitos da personalidade em processos seletivos de empregados.** [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2015].

Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp152040.pdf>

PEDROSA, Ronaldo Leite - **Folha penal perpétua.** [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2015].

Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=66c257b7-bd44-4564-a3bc-6ddefc61f2&groupId=10136

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio - Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**. Ano 1 (2012). P. 419- 434. Lisboa. [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2017]. Disponível em http://www.idbful.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf.

SANTOS, RAFAEL SANTOS - **O direito ao esquecimento dos condenados**. [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2015]. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>

SARLET, Ingo Wolfgang - **Tema da moda, o direito ao esquecimento é anterior à internet**. [Em linha]. [Consult. 06 Set. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues - **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. [Em linha]. [Consult. 08 Set. 2015]. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3 acessado em 15/08/2015

_____ - **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. . [Em linha]. [Consult. 08 Nov. 2018]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>

Decisões jurisprudenciais

BORINI, Luciana Ferro (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região do Brasil com o número 0000972-46.2014.5.12.0025, de 28 de Janeiro 2015**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em:

<http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptip o=PDF&pidDoc=294159>

BRITO, Maria Helena (relat.) - **Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal com o número 302/2001**. DR n.º 257/2001, série II de 11/06/2001, p. 18309-18319.

BRITO, Vicente Vanderlei Nogueira de (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 0013800-59.2013.5.13.0000, de 18 de Dezembro 2013**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

COLUCCI, Viviane (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região do Brasil com o número 0000248-77.2011.5.12.0015, de 26 de Março 2012**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptip o=PDF&pidDoc=216524>

CORDEIRO, Wolney de Macedo (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 184400-89.2013.5.13.0008, de 19 de Fevereiro 2014**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

DALAZEN, João Oreste (relat.) - **Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil com o número 243000-58.2013.5.13.0023, de 20 de Abril 2017**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=241821&anoInt=2014>

LEIRA, Maria de Lourdes (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região do Brasil com o número 0005434-77.2012.5.12.0005, de 16 de Agosto 2013**. [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptip>

o=PDF&pidDoc=294159

MACHADO, Herminegilda Leite (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região do Brasil com o número 243000-58.2013.5.13.0023, de 01 de Julho 2014.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/exibirProcesso.jsf>

MARCOLINO, Francisco (relat.) - **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto com o número 986/15.0TXPRT-A.P1, de 07 de Julho 2016.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/de3a61b78e571e8280257ff80053cf62?OpenDocument>

MENDONÇA, Jorge Berg de (relat.) - **Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região do Brasil com o número 00786-2013-060-03-00-5, de 02 de Setembro 2014.** [Em linha]. [Consult. 08 Novemb. 2018]. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=6164646

MENDES, Gilmar (relat.) - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil com o número 201819/RJ, de 27 de Outubro de 2006.** Diário de Justiça de 27 de Outubro de 2006, p. 64.

RIBEIRO, Lino Rodrigues (relat.) - **Acórdão do Tribunal Constitucional Português. com o número 470/2018, de 11 de Outubro de 2018.** [Em linha]. [Consult. em 12 Out. 2015]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180470.html>

TRIBUNAL Europeu dos Direitos do Homem. Processo n.º 27798/95 [Em linha] [Consult. 16 Jan. 2019]. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"appno":\["27798/95"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{).