

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/2



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETORA

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2017

Editorial

5 Nota da Diretora

Alessandra Monteiro

7-31 Construir uma justiça global – Que direito e Democracia?
Building a Global Justice – What Law and Democracy?

Emilio Javier de Benito Fraile

33-72 La I Republica Española y el fallido proyecto constitucional de 1873: una experiencia a evitar
The first spanish republic and the failed constitutional project of 1873: an experience to be avoided

Gonçalo de Andrade Fabião

73-99 Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais
Legal positions resulting from fundamental rights norms

Miguel da Câmara Machado

101-117 What the world needs now is Comparative Law, sweet Comparative Law

Miguel Morales Payán e Isabel Graes

119-164 España y Portugal: Caminos paralelos en busca de la independencia judicial en el siglo XIX

Raineri Ramos Ramalho de Castro

165-203 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria – análise crítica da teoria de Jorge Reis Novais
Rights as trumps – a critical analysis of Jorge Reis Novais' theory

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

205-212 O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico

Rui Soares Pereira

213-231 Force majeure, *imprévision* and change in circumstances under Portuguese law

Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria – análise crítica da teoria de Jorge Reis Novais*

Rights as trumps – a critical analysis of Jorge Reis Novais' theory

Raineri Ramos Ramalho de Castro**

Resumo: Inspirado pelo trabalho de Ronald Dworkin, Jorge Reis Novais elaborou a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, que garantiria proteção maior aos direitos fundamentais. A aplicação dessa teoria resultaria em uma proteção forte do indivíduo em suas relações com o Estado e, em última análise, contra as decisões majoritárias, mesmo que submetidas aos procedimentos democráticos. Apesar deste intento, a concepção de Reis Novais apresenta uma série de contradições internas e fraquezas teóricas, além de um desacordo com a doutrina jurídica renomada e com a estrutura do sistema de direitos fundamentais. Em verdade, a teoria fragiliza demasiadamente os direitos fundamentais, dificultando qualquer efeito protetivo que poderiam garantir ao indivíduo quando em relação com o Estado.

Palavras-chave: direitos fundamentais; trunfos; Constituição; democracia.

Abstract: Inspired by Ronald Dworkin's work, Jorge Reis Novais formulated the fundamental rights as trumps against the majority theory, which would insure a higher protection for the fundamental rights. This theory's application would strongly protect the individual in their relation with the State and, ultimately, against the majority decisions, even when these decisions go through democratic procedures. Albeit this intent, Reis Novais' conception presents a series of internal

* Apresentado originalmente, com algumas alterações, como relatório da disciplina de Direito Constitucional do Mestrado Científico em Direitos Fundamentais, turma 2014/2015.

** Aluno do Mestrado Científico em Direitos Fundamentais da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. raineri.ramalho@gmail.com

contradictions and theoretical weaknesses and a disaccord with renowned juridical doctrine and with the structure of the fundamental rights system. In fact, the theory unduly weakens the fundamental rights, making it difficult for the individual to receive any expected protection from them in their relation with the State.

Keyword: fundamental rights; trumps; Constitution; democracy.

1. Introdução

O professor português Jorge Reis Novais, inspirado nas exposições de Ronald Dworkin sobre a questão, elaborou a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Apresentada inicialmente no livro *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria* (Coimbra, 2006), foi na obra *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático* (Coimbra, 2012) que essa teoria foi mais desenvolvida e detalhada.

Embora entenda que os direitos fundamentais ocupam posição de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico, Reis Novais reconhece que existe uma tensão natural entre Estado de Direito e a democracia, entre os direitos fundamentais e o governo democrático, que muitas vezes colocará os direitos em risco. Adepto da tese da oposição potencial entre Estado de Direito e democracia, Reis Novais acredita que os conflitos entre as vontades da maioria e os direitos fundamentais nem sempre beneficiarão estes.

Por entender que a previsão de direitos fundamentais pelo Estado de Direito possui um significado material (representando o valor que esses direitos possuem para o Estado) e também formal (por estarem constitucionalizados, possuem supremacia hierárquica), Reis Novais entende que uma proteção maior deve ser garantida aos mesmos quando estiverem em conflito com a vontade da maioria.

Assim, buscando garantir esta proteção, Reis Novais elaborou a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Fundada em três alicerces principais – dignidade da pessoa humana, liberdade geral de ação e força normativa da Constituição –, a teoria enxerga os direitos fundamentais como trunfos, ou seja, como posições jurídicas fortes que os indivíduos possuem contra o Estado, a fim de preservar certas esferas de sua vida de limitações ou controles excessivos pelo poder público. Embora a teoria seja intitulada “contra a maioria”, não visa proteger ape-

nas as minorias, vez que qualquer pessoa, independente do grupo social ao qual pertença, pode se ver em algum momento em conflito com o Estado e, em consequência, sob a ameaça de restrição indevida de seus direitos fundamentais.

Considerando a dignidade da pessoa humana como barreira inultrapassável para a atuação limitadora do Estado, mas reconhecendo que há decisões que são inconstitucionais sem ofender a dignidade, Reis Novais acredita que a teoria dos trunfos é consectário lógico do ordenamento constitucional, e que, por isso, garantirá a devida proteção institucional aos direitos fundamentais.

Desde sua publicação, a teoria vem gerando inúmeras discussões no meio acadêmico, face a forma supostamente diferenciada com a qual enxergaria os direitos fundamentais. Apesar disso, não existem trabalhos (pelo menos até a realização do presente) que tenham se proposto a analisar criticamente a teoria, o que motivou esta pesquisa.

Deste modo, toda a formulação teórica desta concepção será estudada, a fim de que se possa identificar e individualizar seus alicerces principais, sua aplicação aos mais diversos direitos fundamentais e seus desdobramentos teóricos e práticos. Após, por meio do confronto interno dos vários pontos da teoria e, certamente, pelo seu confronto com doutrina jurídica renomada do campo de direitos fundamentais, poder-se-á responder às *questões* que guiaram a pesquisa: o que Reis Novais realmente entende ao afirmar que direitos fundamentais são trunfos contra a maioria? A teoria é inovadora? A concepção realmente alcança a maior proteção aos direitos fundamentais que pretende garantir? A teoria, da forma como exposta, pode ser aplicada a todos os direitos fundamentais? Se não, podê-lo-ia ser a alguns grupos ou direitos isoladamente? Com a resposta a estas questões, poderá ser alcançado o *objetivo principal* da pesquisa, que é avaliar se a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria de Jorge Reis Novais possui solidez interna e se adequa ao sistema de direitos fundamentais democrático.

Para atingir este objetivo e responder a essas questões, o trabalho foi dividido em dois capítulos principais. No primeiro, será apresentada a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria de Jorge Reis Novais. Neste capítulo, majoritariamente expositivo, a teoria será apresentada da forma como elaborada pelo seu autor, com a identificação de seus elementos principais e do conceito de trunfos e o estudo de questões extremamente relevantes para a concepção, como as limitações aos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade das restrições.

Após, será feita a análise crítica da teoria, seguindo o método acima mencionado: após serem identificados os alicerces e as partes integrantes principais da teoria,

estes serão confrontados entre si e com a doutrina jurídica especializada, para que se possa concluir se a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria se sustenta internamente e se é adequada ao sistema de direitos fundamentais.

2. A teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria de Jorge Reis Novais¹

2.1. Significado de “trunfos”

Semanticamente, trunfo significa “naipe que, em certos jogos de cartas, tem superioridade sobre os outros naipes [...] vantagem”². Tanto Dworkin quanto Reis Novais partem deste significado para elaborar suas respectivas teorias. Portanto, ambos os autores enxergam os direitos (“morais” de Dworkin e “fundamentais” de Reis Novais) como posições de vantagem que o indivíduo possui contra o Estado e as maiorias.

Especificamente para Reis Novais, “a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes” (p. 18). Aplicando esta ideia ao Direito Constitucional, o autor elabora sua teoria.

2.2. Conceito de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria

De acordo com Reis Novais, “ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que,

¹ Para a análise e exposição da teoria, levar-se-á em consideração o conteúdo apresentado na obra *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático* (Coimbra, 2012), a partir da página 43. Embora o autor tenha inaugurado a teoria no livro *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria* (Coimbra, 2006), foi em sua obra mais recente que consolidou a teoria. Para evitar demasiado e entediante número de notas de rodapé, somente serão identificadas as páginas das menções/citações à obra principal em estudo. Menções a outras obras serão devidamente identificadas.

² *Dicionário da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico*. Porto, 2003-2014. Disponível na Internet: <http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/trunfo>. Acesso em: 13 dez. 2014.

em regime político baseado no princípio da maioria, deve significar, em última análise, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria que governa, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos e dispõe do apoio de uma maioria social” (p. 18).

Para o autor, a teoria dos trunfos seria necessária para proteger as minorias da pressão “muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva” exercida pela maioria, fazendo valer as garantias do Estado de Direito (p. 59). Apesar disso, não considera que esta concepção proteja somente as minorias.

Embora considere que as maiorias estão protegidas pelo processo democrático regular, pois a força do número é suficiente para sua preservação, ressalta que a teoria dos trunfos protege qualquer “titular de um direito fundamental contra as opções do Governo democrático ou de quaisquer dos poderes públicos instituídos” independente do grupo no qual se encontre (p. 62).

O autor entende, resumidamente, que ter um direito fundamental como trunfo significa “ter uma posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política” (p. 62); que existem direitos fundamentais que, de forma alguma, podem ser afetados de forma legítima (como as regras constitucionais); que nos casos em que a limitação é permitida, deve haver um controle exigente desta restrição, no qual certas razões não serão aceitas como justificativa; que o Estado deve proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares, mesmo que alguma das partes represente a grande maioria da população; e que o Estado de Direito social deve promover o acesso igualitário aos direitos fundamentais.

Somente com base nessa breve exposição, fica a noção de que o conceito do jurista português é semelhante ao de Dworkin³. Todavia, sua teoria está sustentada em parâmetros que a afastam da concepção do filósofo americano.

2.3. Detalhamento da teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria

A teoria de Jorge Reis Novais está sustentada em alguns pontos que devem ser explorados para que se possa proceder à sua adequada análise.

O primeiro sustentáculo da teoria é a dignidade da pessoa humana – ou, de forma mais específica, a igual dignidade.

³ A concepção de DWORKIN foi principalmente delineada nas obras *Levando os direitos a sério* (tradução e notas de NELSON BOEIRA, São Paulo, 2002) e *Rights as trumps*, in *Theories of rights*, Nova Iorque, 1984.

O autor afirma que a ideia de direitos fundamentais como trunfos tem sua origem na própria evolução histórica do Estado Constitucional, que teria culminado na ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais e da consequente vinculação do poder político à sua observância. Esta concepção teria como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio garantiria ao indivíduo uma esfera de autonomia e liberdade inultrapassável pelo Estado. Este, mesmo estando democraticamente legitimado pela maioria e contando com o apoio desta, não poderia ingressar em determinada esfera dos direitos fundamentais da minoria fragilmente representada ou mesmo sem representação.

Para o autor, a dignidade constituir-se-ia na “inadmissibilidade de instrumentalização degradante ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado” (p. 45), e seria inerente a todo ser humano, pelo que fala em “igual dignidade”.

A igual dignidade garantiria a cada indivíduo a possibilidade de conformar sua vida da forma que melhor lhe aprouver, sem limitações do Estado ou da maioria dominante, que devem garantir àquela concepção de vida o mesmo valor que garantem às suas próprias concepções.

Aliado à dignidade aparece o direito ao desenvolvimento da personalidade vinculado à liberdade geral de ação autonomamente conformada. A proteção a esse direito se faria necessária, de acordo com o autor, para a garantia dos direitos fundamentais, que poderiam ser ofendidos mesmo quando o princípio da dignidade da pessoa humana fosse respeitado.

A liberdade geral de ação protegeria o indivíduo da “imposição de restrições ou sacrifícios gratuitos, desnecessários, desrazoáveis”, obrigando o Estado a, sempre, justificar qualquer limitação à liberdade e respeitar os “princípios estruturantes de Estado de Direitos referidos (igualdade, proibição de excesso, segurança jurídica)”, mesmo que tal não constitua necessariamente ofensa à dignidade da pessoa humana (pp. 50-51).

O autor utiliza como exemplo a escolha de um sabor de sorvete. Conforme seu entendimento, a possibilidade de escolher um sorvete de baunilha não tem tanta força argumentativa no âmbito de discussão de direitos fundamentais. Entretanto, caso o Estado venha a impedir que os indivíduos comam sorvete de baunilha, isto representaria grave limitação da liberdade geral de ação, pelo que o Estado estaria obrigado a justificá-la.

Outro ponto de sustentação da teoria dos trunfos é a força normativa e natureza das normas constitucionais, que garantem aos direitos fundamentais uma posição

de supremacia no ordenamento jurídico, tornando-os indisponíveis e vinculando as entidades públicas e as maiorias políticas, das quais o constituinte originário teria furtado a possibilidade de ofender os direitos fundamentais ao alicerçá-los à lei maior.

Jorge Reis Novais considera, assim, que a teoria dos trunfos é consectário lógico do sistema constitucional do moderno Estado de Direito, entendendo que são aqueles que contestam essa concepção que “tem o ónus de demonstrar a superioridade normativa de uma teoria de direitos fundamentais alternativa à ideia de supremacia da Constituição e, conseqüentemente, à concepção dos direitos como trunfos” (p. 57).

2.4. Limitações aos direitos fundamentais

Conquanto entenda que os direitos fundamentais representam cartas de naipes imbatíveis (trunfos), Jorge Reis Novais admite uma série de limitações aos mesmos. Estas limitações, inclusive, resultam na disponibilidade dos direitos fundamentais.

Para o doutrinador, estas limitações são necessárias para o cumprimento dos objetivos do Estado de Direito social e democrático, pois este demandaria do Governo, no cumprimento de sua obrigação de proteção e promoção dos direitos fundamentais, “a compressão de esferas de liberdade pessoal” (p. 66).

Entendendo que “um *trunfo* pode ser batido por um trunfo mais elevado” (p. 71), Reis Novais admite que outros bens são suscetíveis de sobreposição aos direitos fundamentais, pois poderiam constituir trunfos mais elevados no caso concreto. Utiliza como exemplo o direito à vida. Apesar de este ser direito fundamental básico, chegando a Constituição portuguesa a tratá-la como inviolável, o autor menciona diversas situações em que este direito pode ser limitado ou até mesmo afastado: quando estiver em jogo a segurança do Estado (não concessão de exigências terroristas, mesmo que isso signifique o sacrifício de diversas vidas), quando houver confronto com a dignidade da pessoa humana (caso da eutanásia), incompatibilidade com a liberdade religiosa (transfusão de sangue), e outros.

Como se observa, em pelo menos um dos exemplos usado pelo autor (segurança nacional) não existe conflito entre direitos fundamentais, mas sim a imposição de um interesse público, embora de natureza constitucional, ao direito fundamental à vida.

Outro exemplo utilizado diz respeito ao direito de manifestação e a fluidez do trânsito. O autor entende que esta é motivo justificador da restrição daquele, mesmo reconhecendo que o tráfego de veículos não é interesse protegido consti-

tucionalmente. Ou seja, a teoria também admite o afastamento de um trunfo por interesses infraconstitucionais.

Nos moldes da teoria, portanto, os direitos fundamentais estão, todos, sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, ou seja, podem ser relativizados, limitados e até mesmo suprimidos em certos casos, não só por outros direitos fundamentais mas também por outros interesses ou bens que, na situação específica em análise, representem um trunfo maior.

Nos moldes do entendimento de Reis Novais, “cabe ao legislador ordinário proceder primariamente a essa limitação” (p. 69), cabendo à jurisdição constitucional o controle de constitucionalidade desta ponderação.

Reconhecendo o prejuízo que tal raciocínio pode representar à estrutura geral de sua teoria, o professor português reafirma a necessidade da concepção dos trunfos com base no controle judicial dos atos legislativos. Para ele, é a construção da ideia dos trunfos que garante ao Judiciário a aplicação adequada do mecanismo de ponderação dos bens⁴, reduzindo os “perigos de subjetivismo, decisionismo e intuícionismo que ameaçam estruturalmente esta metodologia” (p. 74). Mas não é esclarecido como, na prática, a teoria dos trunfos alcançaria este objetivo.

É importante ressaltar que, embora entenda que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a ponderação com outros interesses, afirma que certas esferas de alguns desses direitos foram inequívoca e irrestritamente retiradas do âmbito de discussão legislativa pelo constituinte, como é o caso da proibição de pena de morte. Apesar de ser possível a restrição do direito à vida, como exemplo acima citado, o autor adverte que a norma do n.º 2 do artigo 24 da Constituição da República Portuguesa retirou do legislador a possibilidade de instauração da pena de morte. Neste caso, não seria possível a existência de nenhum trunfo superior, pois o seu reconhecimento e aplicação são independentes “do peso ou da premência de realização de qualquer interesse comunitário ou governamental que se lhe oponha”, acrescentando que “nessas condições, a vontade da maioria não quebra, em circunstância alguma, o direito fundamental” (p. 90).

Nos outros casos, em que existe a possibilidade de ponderação dos direitos fundamentais, o autor apresenta três momentos pelos quais passa o controle de cons-

⁴ JORGE REIS NOVAIS entende que na “decisão de um *caso difícil*, o recurso sistemático à ponderação dos bens é, com todos os seus riscos e insuficiências, inevitável” (p. 79). Entende que outras metodologias de resolução desses conflitos (das quais cita apenas três: aplicação do princípio *in dubio pro libertate*, o escalacionamento hierárquico de valores constitucionais e concordância prática) são impraticáveis (pp. 74-76).

titucionalidade das restrições aos direitos fundamentais: (1) o momento em que é delimitado o conteúdo do direito fundamental afetado; (2) o momento em que é avaliada, constitucionalmente, a justificativa para a restrição; e (3) o momento em que se procede ao efetivo controle de constitucionalidade.

Embora se refira a controle de constitucionalidade, acredita-se que esses “momentos” são necessários para a correta compreensão da teoria em estudo, além de os dois primeiros serem aplicáveis também às esferas executiva e legislativa quando da avaliação de limitação de direitos fundamentais, pelo que serão individualmente analisados.

2.5. Controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais

Em relação à delimitação do conteúdo do direito fundamental, o autor expõe que a dignidade da pessoa humana é o principal fator a guiar este primeiro momento. Por reconhecer igual autonomia e liberdade a cada indivíduo para construir, da forma que melhor lhe convier, o seu plano de vida, a delimitação não poderia ignorar “a autonomia e auto-compreensão do próprio titular sobre o sentido, conteúdo e escolha das modalidades de exercício, não-exercício ou até renúncia da sua liberdade” (p. 99).

Isto não afasta, contudo, a necessidade de o Estado definir o âmbito de proteção do direito fundamental, pois isto é sua obrigação constitucional básica. Nesse sentido, Reis Novais entende que “só deve, à partida, ser excluído da consideração como exercício de direito fundamental aquilo que constitua ilícito penal em sentido material ou que seja consensual e indiscutivelmente rejeitado como sendo, em quaisquer circunstâncias, inadmissível numa sociedade democrática” (p. 101).

Em consequência, todo o resto que possuir razoável relação com o direito fundamental em questão faz parte dele.

No que concerne à avaliação da justificativa para a restrição, Reis Novais entende que os candidatos que *justificariam* a limitação de um direito fundamental seriam aqueles que apresentassem força suficiente para vencer a força de direito de tal natureza, com a necessidade de “evidenciar a presença de outras qualidades ou características, estruturais ou conjunturais, particularmente relevantes numa sociedade democrática” (p. 120), reconhecendo que até interesses infraconstitucionais podem ser, dependendo da situação concreta, suficientes para restringir direitos fundamentais. São exemplos os casos de fluidez do trânsito contra direito

de manifestação, acima referenciado, e proteção dos animais (que não teria proteção na Constituição portuguesa) e liberdade de religião. Deve ser evidenciado já nesse ponto que, apesar dos exemplos e conceito trazidos, não é mencionado critério ou padrão para que sejam evidenciados esses interesses justificadores da limitação dos direitos fundamentais.

A parte disto, Reis Novais menciona que definir positivamente todas as razões que justificam a restrição de um direito fundamental seria “improdutivo” em razão da sua grande quantidade e dependência das eventualidades concretas (p. 103). Em razão disso, preferiu mencionar as razões que *não* justificariam a limitação de um direito fundamental.

Primeiramente, o simples fato de a decisão limitadora do direito fundamental ter sido tomada pelo parlamento democraticamente legitimado e/ou com apoio da maioria social não é suficiente, de forma isolada, para justificar a limitação aos direitos fundamentais. Este entendimento resultaria justamente do princípio da igual dignidade, que determina, ao fim, que a opinião de um valerá o mesmo que a opinião de vários quando se refere ao exercício dos direitos fundamentais.

Assim, a maioria não pode limitar um direito fundamental sem comprovar que a sua decisão realmente resultará no bem geral da comunidade, e, mesmo assim, não poderá fazê-lo se essa decisão, em verdade, representar a imposição de uma concepção de melhor vida da maioria sobre as minorias com o objetivo de depreciá-las e impedi-las de construir os seus próprios planos de vida. É mais uma consequência do princípio da igual dignidade, que obriga que todos sejam tratados com igual consideração e respeito pelo Estado.

Também é mencionado o peso do direito fundamental, definido como “a força de resistência da concreta pretensão ou faculdade do direito fundamental que está em causa numa concreta situação restritiva” (p. 111).

Certas esferas dos direitos fundamentais admitiriam maiores restrições que outras, mas certos motivos não justificariam referida restrição. Para ilustrar esta hipótese, são utilizados exemplos das liberdades de religião e de expressão. Enquanto a primeira não poderia ser limitada porque uma outra religião seria “melhor” do ponto de vista majoritário, a segunda poderia ser limitada pelos interesses da maioria, como é o caso da comunicação pornográfica.

Assim, o autor entende que certos direitos fundamentais, ou ao menos âmbitos de proteção destes, possuem peso de proteção maior, embora não mencione uma regra ou parâmetro para identificar este peso diferenciado.

Além de os direitos fundamentais não poderem ser limitados por atuações preconceituosas por parte do Estado, também não o poderiam ser por meio de atitudes de mesma natureza praticadas por maiorias sociais sem a atuação estatal. Embora entenda que a concepção de trunfos não atue nas relações particulares, Jorge Reis Novais entende que o Estado está obrigado a agir para proteger as minorias que vivam em condições hostis.

O último momento da avaliação das restrições dos direitos fundamentais é o efetivo controle de constitucionalidade. Mesmo que seja reconhecida nas fases anteriores a possibilidade de restrição a um direito fundamental, devem ser aplicados critérios para avaliar se não estão sendo ultrapassados os chamados “limites dos limites dos direitos fundamentais”. Estes critérios, de acordo com Reis Novais, são “a igualdade, a proibição do excesso, a segurança jurídica, a protecção da confiança” (p. 123)⁵. Por fim, deve ser feito um controle de proporcionalidade, a fim de que se verifique se os sacrifícios sofridos pelo direito fundamental são necessários ou se, em contrapartida, haveria medida menos danosa.

Para o autor, portanto, a passagem por esses três “momentos” de análise da constitucionalidade da restrição aos direitos fundamentais garantiria adequada apreciação, por parte do Judiciário, da constitucionalidade das decisões adotadas pelo legislador. Todavia, por representar o único critério de apreciação das referidas restrições, e por entender que os demais poderes do Estado também são responsáveis pela avaliação da constitucionalidade dos atos que pretendam executar, achou-se importante delimitar essas diretrizes, que são parte integrante da teoria de Jorge Reis Novais.

Outra justificativa para exposição dessa avaliação das restrições é o fato de, somente nesse momento, o autor revelar características extremamente relevantes de sua teoria, como a possibilidade de os trunfos serem afastados por interesses infraconstitucionais e os diferentes pesos que determinados direitos (ou esferas destes) podem ter em relação a outras.

Ao final dessa exposição resumida da teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, de Jorge Reis Novais, acredita-se que tenha sido abordada não só a concepção geral do autor mas também as bases de sustentação de sua teoria, cabendo agora proceder à sua análise crítica.

⁵ Por não fazer parte do objeto do trabalho e não apresentar, neste ponto, qualquer inovação à consolidada explanação doutrinária dos limites dos limites dos direitos fundamentais, indica-se a leitura das páginas 122 a 133 da obra em estudo, parte na qual este tema é tratado.

3. Análise crítica

Para a análise crítica da teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria de Jorge Reis Novais, procurou-se identificar os fundamentos principais desta concepção e os seus principais desdobramentos, a fim de confrontá-los com ensinamentos teóricos consagrados na doutrina jurídica. Além disso, com a análise estrutural da teoria, buscou-se verificar a solidez interna dos argumentos delineados pelo autor, buscando-se estudar se há uma unidade conceitual e argumentativa ao longo de toda a teoria.

As conclusões obtidas com este trabalho estão apresentadas abaixo, divididas em tópicos de acordo com a especificidade de cada tema abordado. Como não poderia deixar de ser, o conteúdo de alguns tópicos transborda para outros em razão da ligação natural dos subtemas abordados. Ainda assim, manteve-se a divisão em tópicos como forma de garantir uma análise mais sólida e profunda da teoria e facilitar a exposição do estudo realizado.

Estes tópicos foram divididos em dois grupos principais: no primeiro, serão analisados pontos específicos da teoria, isto é, questões que, isoladas, não representam prejuízos para toda a concepção geral de Reis Novais, apenas para esferas específicas de sua aplicação; no segundo, por outro lado, serão objeto de análise os alicerces da teoria, a fim de que seja verificada sua validade, adequação e solidez.

Ao final, é respondida a pergunta principal da pesquisa: a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria de Jorge Reis Novais é adequada ao sistema de direitos fundamentais?

3.1 Questões específicas

3.1.a. Restrições aos direitos fundamentais justificadas por interesses constitucionais

Para fins organizativos, criou-se este tópico para destacar uma das fragilidades da concepção, mas deve ser mencionado que a análise mais aprofundada desta impropriedade será elaborada em tópico futuro.

Jorge Reis Novais considera que trunfos são os naipes que vencem os demais, e que ter um direito fundamental como trunfo contra o Estado é uma garantia até contra um governo democrático. Analisando somente o conceito, poder-se-ia crer

que os direitos fundamentais são proteções fortes que o indivíduo possui contra o Estado, que somente cederiam diante de outros direitos fundamentais.

Entretanto, o autor reconhece a possibilidade de trunfos mais altos restringirem direitos fundamentais, como é o caso dos interesses constitucionais do Estado. Ou seja, ao contrário do que poderia se supor da ideia geral de trunfos apresentada pelo autor⁶, existem outros interesses superiores a esses trunfos, existem “trunfos maiores”.

De fato, entender que direitos fundamentais podem ser afastados por interesses constitucionais do Estado não é, necessariamente, um problema significativo da teoria ao ser confrontada com o entendimento dominante⁷. Apesar disso, não há como não observar que esta concessão em relação ao conceito apresentado pelo próprio autor à ideia de “trunfos” fragiliza de alguma forma a teoria, pois levanta dúvidas acerca da utilidade da concepção dos direitos fundamentais como trunfos: se há outros trunfos que podem superar os direitos fundamentais, trunfos estes que nem precisam ser direitos individuais, podendo até mesmo ser interesses do Estado, qual seria a novidade na teoria dos trunfos? Quais seriam as suas diferenças em relação à concepção majoritária acerca da relação entre os direitos fundamentais e os demais interesses constitucionais? E qual seria o objetivo de dar importância ao caráter “trunfado” dos direitos fundamentais se existem trunfos maiores?

Entretanto, a real compreensão do que Reis Novais entende acerca da natureza dos direitos fundamentais, de sua posição hierárquica no sistema e das possibilidades de sua restrição serão melhores exploradas em tópicos futuros, nos quais serão levantadas novas questões acerca do conflito entre direitos fundamentais e outros interesses, sendo suficiente para este momento somente a introdução a estas questões.

3.1.b. Aplicação dos trunfos aos direitos fundamentais que demandem prestações positivas

A aplicação da teoria dos trunfos aos direitos fundamentais que demandam, do Estado, prestações positivas – que podem ser tanto direitos de liberdade quanto

⁶ REIS NOVAIS afirma, afinal, que “a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado” (p. 18), sugerindo, em sua visão, a invencibilidade da carta.

⁷ Neste ponto, pode ser destacada a lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE: “a afirmação plena dos direitos fundamentais de uns não pode fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros ou de valores comunitários essenciais, o que, somado à inevitável *indeterminação* normativa dos respectivos preceitos, justifica ou impõe a intervenção dos diversos poderes públicos para a solução desses conflitos” (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5. ed., Coimbra, 2012, p. 193)

direitos sociais, face a tese da unidade dogmática adotada pelo autor⁸ – também levanta algumas questões.

Os direitos que demandam prestações positivas do Estado, como já se evidencia, são aqueles que exigem do Estado um fazer, ou seja, a adoção de alguma conduta ativa, como o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço. Divergem, portanto, dos direitos fundamentais que demandam omissões do Estado, como a não invasão da propriedade individual ou a não violação da integridade física do cidadão.

Quando se trata de direitos que demandam prestações positivas do Estado, Reis Novais entende, primeiramente, que o dever estatal está não apenas sob a reserva do financeiramente possível mas também do politicamente adequado (p. 94); isto é, além de se submeter aos limites orçamentários do Estado (o que é, de fato, uma questão prática da qual nenhuma teoria jurídica teria como escapar⁹), a garantia desse tipo de direito estaria sujeita à vontade do legislador, que poderia escolher “o meio, a modalidade, o tempo, que considere politicamente mais adequados ou oportunos para prover a devida proteção” (p. 94). Em consequência, o controle judicial também seria diminuído, pois se exige do Estado um *dever de fazer*, que naturalmente é dificilmente mais controlável que uma *abstenção* (p. 95).

Este entendimento não seria problemático quando comparado aos posicionamentos gerais sobre a garantia desses direitos fundamentais, pois é assim que se posiciona boa parte da doutrina. Os clássicos ensinamentos de Hesse já demonstravam esta conexão entre a concretização das normas constitucionais e a realidade social vigente. Em *A força normativa da Constituição*, o autor alemão expõe que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais”¹⁰, evidenciando a relação entre a possibilidade de concretização de um direito e condições fáticas, entre elas questões de natureza econômica e social.

⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, Coimbra, 2010, pp. 251 ss.

⁹ INGO SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed., Porto Alegre, 2009, pp. 286-287.

¹⁰ KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Mendes, Porto Alegre, 1991, pp. 4-5.

Hodiernamente, entre tantos outros autores, pode ser destacada a lição de Ingo Sarlet, que entende que os direitos fundamentais sociais a prestações estão sujeitos “a) [à] efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) [à] disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas [...]; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito [...] envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”¹¹.

Assim, no que concerne ao confronto do entendimento de Reis Novais com outras concepções doutrinárias, não haveria desequilíbrio no entendimento do autor.

Internamente à teoria, em um primeiro momento não se veriam problemas, pois o autor entende que, apesar de a reserva do possível e do politicamente adequado serem limitações fáticas à garantia dos direitos que demandam prestações positivas, o mínimo existencial – que possui relação com a dignidade da pessoa humana, sustentáculo da teoria – teria que ser garantido, o que pode ser objeto de pleno controle judicial¹². Levando em consideração que a dignidade se apresenta como espécie de escudo contra limitações excessivas aos direitos fundamentais e como um dos fundamentos para o controle judicial, neste ponto a imposição desses “limites diferenciados” não parece enfraquecer a concepção dos trunfos, pois o próprio autor reconhece que os direitos que demandam condutas negativas devem ter tratamento diferenciado em relação aos que demandam prestações positivas do Estado¹³, o que também é seguido nesse momento.

Outrossim, o entendimento geral de Reis Novais poderia até garantir maior proteção aos direitos a prestações derivados da lei, pois Reis Novais entende que eles passam a fazer parte do conteúdo do direito social, o que demanda maior cuidado do legislador ao fazer alterações nessas prestações¹⁴. Embora o autor não trate – pelo menos não expressamente – os direitos a prestações derivados da lei como trunfos, esta ideia de maior cuidado a ser tido com eles parece se encaixar à sua concepção geral.

Apesar disto, verifica-se um problema quanto à utilidade da concepção dos trunfos para os direitos fundamentais que demandam prestações positivas: se diversos bloqueios podem ser impostos pelo Estado para a garantia dos direitos fundamen-

¹¹ INGO SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 287.

¹² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, p. 307.

¹³ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, pp. 302-303.

¹⁴ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 178.

tais, podendo até haver recusa na prestação de determinado serviço, qual é a serventia em tratar esses direitos como trunfos? “Trunfar” os direitos a prestações positivas realmente lhes garante maior força contra a opressão estatal ou os mantém em situação semelhante às teorias “comuns” acerca desses direitos? Ainda: admitindo o autor a total recusa na garantia desses direitos, inclusive com o não atendimento ao mínimo existencial em situações de grave crise (algo não admitido quanto aos direitos que demandam condutas negativas), qual é a real função de um trunfo?

Através desses questionamentos, ficam evidenciadas fragilidades que põem em xeque a própria utilidade da concepção dos trunfos. Se não garantem ao indivíduo proteção maior contra as pretensões estatais, podendo até ser negados sob a alegação de conveniência política, para que servem realmente os trunfos?

Poder-se-ia até concluir que, em razão da diferença prática na aplicação entre os direitos que demandam condutas negativas e os que demandam prestações positivas, estes não seriam trunfos, vez que as majorias possuem grande espaço de manobra quanto às decisões relativas à sua instituição e manutenção, o que poderia até salvar a teoria dos trunfos.

No entanto, não é isto o que Reis Novais entende.

O autor defende que a teoria dos trunfos garante proteção maior aos direitos que demandam prestações positivas, pois conceber estes direitos como trunfos demandaria do Poder Público maior respeito pela sua garantia e possibilitaria ao Judiciário maior controle quanto à sua prestação, mesmo em demandas individuais. Entretanto, primeiramente não se vê como é a teoria dos trunfos que garantiria essa maior proteção, já que as limitações que podem ser impostas a esses direitos e o próprio controle a essas limitações (reservas do possível e do politicamente adequado, controle judicial reduzido, garantia de mínimo) expostas na teoria são exatamente o que renomada doutrina defende acerca desses direitos¹⁵, não havendo real inovação nessa concepção quanto a isso.

Ademais, o próprio autor afirma que “apesar da natureza geral de trunfos que os direitos fundamentais apresentam, a premência, a determinabilidade e, conseqüentemente, o alcance e a densidade do controle judicial que incide sobre o cumprimento dos deveres estatais correspondentes é variável” de acordo com as obrigações que o direito demanda do Estado – se positivas ou negativas (p. 95). Desta afirmação,

¹⁵ Cfr. INGO SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 286 ss.; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, São Paulo, 2010, p. 164; GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías – elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007, pp. 84 ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição*, pp. 368 ss.

conclui-se que Reis Novais entende que, embora os direitos que demandam prestações positivas sejam trunfos, eles são trunfos menores, quando comparados aos direitos que demandam condutas negativas. Haveria, assim, um escalonamento de trunfos, no qual aqueles que demandam omissões do Estado (como os direitos de liberdade em sua dimensão principal) seriam trunfos maiores, já que possuem maior força e possibilitam maior controle judicial, e os que demandam prestações positivas (como os direitos sociais via de regra) seriam trunfos menores, em razão de serem menos determináveis e não poderem ser objeto de amplo controle judicial.

Novamente, ver os trunfos dessa forma poderia até ajudar na solidez da teoria. O problema é que o próprio Reis Novais critica a concepção de Dworkin quando esta admite a gradação de trunfos. O autor afirma que “quando o próprio Dworkin admite a possibilidade de um direito-trunfo ser batido por um trunfo mais elevado, introduz um elemento de gradação que, inevitavelmente, torna difícil ou até impossível estabelecer uma fronteira – quando passa um direito a merecer a qualificação como trunfo? – o que em Direito Constitucional é ainda mais complicado uma vez que todos os direitos fundamentais são objeto da mesma proteção constitucional, isto é, a proteção que lhes advém, simplesmente, da força hierárquica superior da norma constitucional” (p. 52). Ou seja, Reis Novais critica em outro autor uma ideia que traz para a sua teoria.

Desse modo, observa-se que a aplicação da teoria dos trunfos aos direitos que demandam prestações positivas enfraquece demasiadamente a concepção, uma vez que (i) atenua o peso de um trunfo, tornando questionável sua utilidade prática, tendo em vista as barreiras que o Estado pode impor à sua concretização, e (ii) cria uma contradição danosa à coesão da teoria, pois se sustenta em ponto (escalonamento de trunfos) que o autor critica, criando grave contradição interna na teoria.

Assim, tem-se que não há como conciliar as especificidades que Reis Novais enxerga para a concretização dos direitos que demandam prestações positivas com a sua concepção de trunfos, pois as ideias que elabora para cada ponto não possuem ponto de encontro, causando, em verdade, uma rachadura na teoria. Outras questões agravam esta situação no que concerne ao escalonamento de trunfos.

3.1.c. Peso diferenciado de certos direitos fundamentais

No concernente ao conflito entre direitos fundamentais e outros interesses, Reis Novais entende que, no processo de ponderação para descobrir se um direito fundamental deve ceder ou não, um dos critérios relevantes é o peso do direito fundamental, isto é, “a força de resistência da concreta pretensão ou faculdade do

direito fundamental que está em causa numa concreta situação restritiva” (p. 111). Considerando o exposto nos tópicos 2.4 e 2.5, isto pode trazer problemas para a proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que o autor, conforme mencionado, entende que alguns direitos fundamentais (ou esferas destes) admitem menos restrições que outros, o que seria extremamente relevante para a análise concreta da constitucionalidade de eventual restrição imposta a esse direito. São os exemplos da liberdade de religião (mais resistente) e da liberdade de expressão (menos resistente) utilizados pelo autor.

A principal fragilidade verificada nas formulações de Reis Novais acerca dessa força de resistência é a ausência de elaboração de critérios para encontrar a força maior que alguns direitos fundamentais possuiriam em comparação a outros. Recorrendo a ideias disseminadas na “consciência jurídica”, o autor “resolve” alguns conflitos bastante específicos que exemplifica, em alguns casos aceitando a restrição e em outros não. Mas de sua exposição não se extrai nenhum critério objetivo que auxilie na revelação da força de resistência de um direito fundamental, o que garantiria, em consequência, resolver os conflitos que envolvam restrições a esses direitos.

Sabe-se que a resolução de conflitos entre direitos fundamentais é uma questão difícil para a qual a doutrina jurídica em geral ainda não formulou critérios seguros – o que é reconhecido até mesmo por Alexy¹⁶, que elaborou uma das mais conhecidas formas de resolução desses conflitos. Inclusive, é interessante notar que o próprio Reis Novais menciona que “são impraticáveis, inadequadas ou insuficientes as tentativas para resolver *objetivamente* as inevitáveis colisões de bens e interesses no [mundo] dos direitos fundamentais [...] é que nem o estabelecimento daquela hierarquia escalonada de valores é realizável sem o recurso a pautas não consensualmente compartilháveis” (p. 75).

Entretanto, como está se falando de uma teoria que aceita a cedência de direitos fundamentais até frente a interesses infraconstitucionais, entende-se necessária a formulação de critérios mais certos que a “consciência jurídica”, pois mesmo entre juristas renomados existem inúmeras dissonâncias acerca do conteúdo de cada direito fundamental.

Assim, a teoria esbarra mais uma vez em um problema que ela própria criou: embora Reis Novais não entenda possível o escalonamento de direitos fundamentais, utiliza tal método para a resolução de conflitos que envolvam direitos fundamen-

¹⁶ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, 2008, p. 164.

tais ao afirmar que alguns direitos ou esferas destes possuem maior força que outros (como também visto no tópico anterior), criando uma enorme contradição em sua teoria.

Mas mesmo que analisados de forma isolada, os dois pontos de contradição (força de resistência e escalonamento hierárquico) são inadequados.

No que concerne à natural maior força de uns direitos em relação a outros, Rafael de Asís expõe que não cabe afirmar que determinado direito é mais importante que outro, vez que “tudo dependerá do significado que se dê a esse direito e a suas possíveis colisões com outros direitos ou bens constitucionais”¹⁷, entendendo que não há como ser elaborado algum pré-julgamento acerca dessa força de resistência, como faz Reis Novais.

A pretensão de hierarquização de direitos fundamentais encontra também um problema bastante significativo: a complexidade da empreitada. Alexy demonstra com clareza a impossibilidade de alcançar tal objetivo, afirmando que “já é questionável se uma única pessoa consegue indicar os valores concretos que, segundo seu modo de ver, podem ser relevantes para o julgar e o decidir no âmbito dos direitos fundamentais. Um catálogo completo, acerca do qual todos estejam de acordo, seria praticamente impossível de estabelecer”¹⁸. Asís também entende que “não é possível, a princípio, levar a cabo uma estruturação hierárquica dos direitos que resolva esta temática, já que se trata de um problema a ser resolvido em cada caso concreto”¹⁹.

Dessa forma, observa-se que embora afirme rejeitar a hierarquização de direitos fundamentais, Reis Novais insere tal critério à sua teoria ao afirmar que certos direitos ou algumas de suas esferas possuem maior força de resistência que outros, colocando naturalmente alguns direitos em posição de privilégio sobre os demais. Além da força de resistência de um direito fundamental não poder ser categoricamente afirmada, a hierarquização desses direitos é inapropriada e impossível de ser realizada. Em conjunto, essas questões geram mais uma enorme fragilidade à teoria, dificultando o seu aproveitamento.

Ainda assim, essas questões, como já dito, não maculam a teoria como um todo, apenas representando fragilidades em certos pontos de aplicação da concepção de Reis Novais. No entanto, já demonstram problemas um tanto sérios para a aplicação da teoria dos trunfos como está, pelo que importante a sua menção e análise.

¹⁷ RAFAEL DE ASÍS, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, 2000, p. 16. [tradução nossa]

¹⁸ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 159.

¹⁹ RAFAEL DE ASÍS, *Las paradojas de los derechos*, p. 15. [tradução nossa]

As questões mais relevantes acerca da concepção são, é claro, seus alicerces teóricos, que serão pormenorizadamente analisados nos próximos tópicos.

3.2. Alicerces teóricos

3.2.a. Liberdade geral de ação

Como exposto anteriormente, a teoria em estudo tem como uma de suas sustentações o direito ao desenvolvimento da personalidade, entendido pelo autor como liberdade geral de ação. Relacionando-os em sua exposição à dignidade da pessoa humana, pois protegeriam o indivíduo quando esta não conseguisse, Reis Novais afirma que desenvolvimento da personalidade e liberdade geral de ação são direitos fracos, já que muito alargados e pouco densos, mas também direitos fortes e, portanto, trunfos, tendo em vista que o Estado deve justificar qualquer restrição que aplique sobre os mesmos (pp. 50-51).

O primeiro problema que se encontra com essa sustentação da teoria de Reis Novais é a real existência de tal direito à liberdade geral de ação.

Reconhecer uma liberdade *geral* de ação, que garantiria proteção total a todas as vertentes da liberdade individual, é demasiadamente excessivo e não se adequa a questões lógicas da vida em sociedade. Mesmo se adotando uma teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, como faz Reis Novais, a liberdade geral não parece se justificar. A análise da existência do direito confunde-se com a análise de sua utilidade, que será vista logo mais.

Quanto à inserção da liberdade geral de ação na teoria dos trunfos, o próprio Reis Novais afasta, implicitamente, a existência de tal liberdade geral. O autor afirma que certas dimensões dessa liberdade, como a prática de crimes e questões consensualmente entendidas em uma sociedade democrática como inaceitáveis devem ser excluídas do âmbito de proteção de um direito fundamental (p. 101). Ou seja, nem o autor defende, de fato, a existência de uma liberdade geral de ação.

Ao falar em liberdade geral de ação vinculada ao desenvolvimento da personalidade, Reis Novais parece dizer apenas que o Estado deve justificar restrições a questões básicas de direitos de liberdade – em referência ao princípio da repartição de Carl Schmitt – como a possibilidade de escolher o sabor de sorvete. Mas reconhecida a liberdade geral de ação dessa forma, depara-se com o problema da utilidade prática da sua existência, oriundo da dúvida acerca da justificativa necessária para a restrição dessa liberdade geral de ação.

Não é esclarecida qual é a força necessária que uma justificativa deve possuir para que a restrição que vier a causar à liberdade geral de ação seja legítima. A única explanação apresentada por Reis Novais acerca da força da restrição é a seguinte: sendo bastante abstrata e com pouco conteúdo normativo, e, portanto, fraca, a liberdade geral pode ser restringida por interesse igualmente fraco, desde que o Estado justifique a decisão e respeite os princípios estruturantes do Estado de Direito – igualdade, proibição do excesso e segurança jurídica (p. 50).

Mas ora, acredita-se que isto não garanta qualquer proteção ao indivíduo contra o Estado, pois qualquer justificativa deste poderia ser aceita para limitar um direito fundamental daquele. Utilizando um exemplo prático: pode o Estado impedir a locomoção de pessoas sobre a grama de praças públicas ou fora do caminho sinalizado em parques públicos? A resposta parece ser positiva. Mas para a doutrina que não acredita em uma liberdade geral de ação, isto ocorreria porque nenhuma dimensão da liberdade protegida constitucionalmente estaria sendo atingida, não havendo sequer discussão constitucional a ser levantada.

Em sentido oposto, porém, se for adotado posicionamento que defende a existência da liberdade geral de ação, pareceria haver razão para questionar esta restrição à liberdade geral de ação do indivíduo, uma vez que estaria ocorrendo a limitação de um direito fundamental²⁰. No entanto, mesmo os autores que aceitam a liberdade geral de ação não poderiam defender que a proibição de pisar na grama seria inconstitucional, o que também representa um problema para a defesa da liberdade geral de ação.

É evidente que a imposição dessa proibição não protegeria nenhum interesse forte do Estado, sendo, no máximo, medida de resguardo à beleza de praças e parques públicos. Ou seja, mesmo aceitando a existência de um direito à liberdade geral de ação, seria suficiente para a limitação desse direito fundamental o interesse em manter a beleza de logradouros públicos. Isto, acredita-se, diminui bastante a força de resistência de um direito fundamental – e, em consequência, de um trunfo –, pois razões desta natureza podem justificar sua restrição.

Sendo assim, não há como deixar de perguntar: qual é a utilidade de um direito fundamental à liberdade geral de ação se algo tão fraco e com pouca importância para o Estado ou mesmo para a vida social pode justificar a sua restrição?

²⁰ Como JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO afirma, esta é uma das objeções levantadas por Konrad Hesse à existência da liberdade geral de ação. De acordo com o autor, “não há ação humana que não seja jus-fundamentalmente abrangida” pela liberdade geral de ação, o que torna todo ato do poder público potencialmente violador de um direito fundamental (*A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na Constituição portuguesa – volume II: a construção dogmática*, Coimbra, 2006, p. 505).

Ao que parece, se considerarmos que existe uma liberdade geral de ação em nível constitucional, e não apenas um direito ao desenvolvimento da personalidade que protege as esferas mais íntimas do indivíduo nas questões não alcançadas pelos outros direitos fundamentais (como entende José de Melo Alexandrino²¹), admitiríamos que o interesse do Estado na preservação da grama (que obviamente não possui guarida constitucional) não poderia impedir o indivíduo de tomar o percurso que bem entendesse, sendo possível, assim, a propositura de demanda judicial para levantar a restrição estatal. Mas isto está realmente adequado ao sistema constitucional vigente? Parece que não.

Dworkin rejeita a existência de um direito geral de liberdade. O autor afirma que se adotarmos conceito que enxerga “direito” como um impedimento à limitação estatal e reconhecermos que a liberdade geral é um direito, todas as leis seriam incorretas uma vez que limitariam a liberdade, pelo que demandariam uma justificação especial do Estado para proceder a esta limitação. Entretanto, como o autor expõe, esta justificativa especial não é necessária na grande maioria dos casos, pois o governo somente precisa de uma única justificação para certas decisões como tornar uma via urbana de mão única. Dessa forma, de acordo com o autor, se for aceito um direito geral de liberdade, este direito de liberdade seria tão fraco que “não entra de modo algum em competição com direitos fortes”, o que reforça a dúvida acerca da real utilidade de tal direito em função da proteção que ele garantiria²².

José de Melo Alexandrino, em profunda exposição sobre o tema, entende que a liberdade geral de ação, como antecipado acima, tem «por objeto a proteção (mesmo que nas vestes de direito-quadro) dos núcleos mais estreitos da personalidade (e, na medida em que com eles se apresentem conexão, de todas as formas externas elementares da liberdade geral de ação humana) ainda não adequadamente abrangidos por qualquer dos concretos direitos, liberdades e garantias (nem por outros direitos fundamentais análogos a eles equivalentes) – eventualmente mais conexos com a “formação da personalidade”»²³.

Alexandrino chega a esta conclusão por entender que, em comparação com outras concepções²⁴, esta é a que mais se adéqua à estruturação do sistema constitucional

²¹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *ibidem*, p. 501.

²² RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, pp. 414-415.

²³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos*, p. 497.

²⁴ Como a que entende a liberdade geral de ação como princípio jusfundamental que evidencia o valor da autonomia e da autodeterminação ou a que a vê como garantia jusfundamental “com um objeto de proteção alargado, protegendo por um lado um núcleo mais ou menos vasto da personalidade e, por outro, servindo de elemento temático de ligação entre a tutela constitucional e a tutela

português²⁵ em razão de ser “a mais consonante com a particular atenção concedida pela Constituição ao desenvolvimento existencial da personalidade, particularmente daqueles que não dispõem de condições de dignidade [...] e não, ao invés, o reconhecimento de uma liberdade geral de ação, objetivamente inigualitária e de discutível feição emancipatória universal”²⁶.

Em apertada síntese, Alexandrino entende que “nenhuma necessidade e nenhuma razão (designadamente prática) justificam da CRP a construção de uma liberdade geral de ação, cuja admissão teria consequências nefastas a todos os níveis do sistema de direitos (reconhecimento, estrutura, funcionamento, abertura, projeção no tempo e controle)”²⁷.

Por fim, não pode ser olvidado que os direitos fundamentais têm como característica essencial a proteção de “necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas de existências, da autonomia e do poder”²⁸. Certamente, trafegar em um sentido específico da rua ou andar pela grama não atingem nenhuma necessidade essencial do indivíduo, o que enfraquece ainda mais a ideia de uma liberdade geral de ação.

Torna-se evidente, assim, que não há como enquadrar a liberdade geral de ação ao sistema constitucional ocidental²⁹. Então, o sustentáculo da teoria na liberdade geral de ação possui três problemas:

- (1) Reis Novais não aceita, de fato, a liberdade *geral* de ação, vez que retira de seu conteúdo a prática de crimes e questões que a sociedade democrática em consenso entenda como não protegidas (sendo esta última a maior limitação da própria liberdade que almeja resguardar), esvaziando demasiadamente o conteúdo da referida liberdade;
- (2) Além da limitação à liberdade geral feita pelo próprio autor, verifica-se que a existência de uma liberdade geral de ação não se enquadra às com-

privada da personalidade e entre a tutela meramente defensiva e a tutela existencial” (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *ibidem*, p. 497).

²⁵ Conclusão que, acredita-se, pode ser estendida para as demais constituições ocidentais (com exceção da alemã), face a afirmação de que “nas constituições ocidentais [...] não existe uma garantia expressa da liberdade geral com a do artigo 2.º da GG” (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *ibidem*, p. 509).

²⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *ibidem*, p. 499.

²⁷ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *ibidem*, p. 494.

²⁸ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais: introdução geral*, Cascais, 2011, p. 24.

²⁹ Conforme lição de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, mesmo na Alemanha tal direito é objeto de fecunda discussão doutrinária (*A estruturação do sistema de direitos*, cit., p. 495).

plexidades da vida social e, talvez aqui mais importante, ao ordenamento constitucional democrático, não havendo sustentação legal ou teórica para a existência de tal liberdade;

- (3) Mesmo que se aceite a existência da liberdade geral de ação, a identificação da força necessária para que a justificativa seja aceita para limitar esta liberdade, de acordo com os parâmetros de Reis Novais, a enfraquece demasiadamente, pois, sendo aceitas justificativas excessivamente fracas – como o embelezamento de parques públicos –, não haveria, na prática, tal direito, uma vez que poderia ele ser restringido por tudo e, assim, não garantiria nenhum nível de proteção esperado de um direito, muito menos de um fundamental.

Assim, além da contradição interna no posicionamento, questiona-se novamente qual força de fato possui um trunfo. Aceitando que a liberdade geral de ação é um direito fundamental e, portanto, trunfada, mas, ao mesmo tempo, aceitando sua restrição por justificativas manifestamente fracas, Reis Novais retira a proteção esperada de um trunfo, pois reconhece que as majorias não precisam apresentar justificativas fortes para limitar a liberdade das minorias. Sendo a liberdade geral de ação um dos sustentáculos mais importantes da teoria dos trunfos, esta não parece resistir a esta minoração.

Somado a isto, a própria existência de um direito fundamental à liberdade geral de ação não parece se enquadrar ao sistema constitucional, conforme posicionamentos doutrinários acima citados, o que por si só dificulta a validade da teoria, pois um de seus principais alicerces seria, de fato, inexistente.

Portanto, tem-se que uma das sustentações da teoria dos trunfos é inviável, seja porque nem aceita pelo próprio autor, seja porque não verificada sua utilidade prática para a proteção do indivíduo, seja porque não se adequa ao sistema constitucional democrático, pelo que põe em xeque a força dos trunfos e a própria teoria dos direitos fundamentais como tal.

3.2.b. A concepção de dignidade da pessoa humana adotada

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como “fundamento material da concepção dos direitos como trunfos”, e a afirmação de que o comando normativo da dignidade se desenvolve em três direções: (1) “orientação hermenêutica que atribui à autonomia do titular a maior relevância na determinação do sentido normativo e das modalidades de exercício do conteúdo protegido dos direitos fun-

damentais”; (2) “na identificação de um conjunto de razões que se consideram insuscetíveis de justificar, em Estado de Direito que assente na dignidade da pessoa humana, a limitação e restrição da autonomia e liberdade individuais”; (3) “a partir da dignidade da pessoa humana, se deduzir um conjunto de princípios jurídicos estruturantes de Estado de Direito cuja aplicação será decisiva para permitir um poder judicial independente, consoante a verificação da observância desses princípios, distinguir entre restrições admissíveis e restrições inadmissíveis da liberdade e fazer essa distinção com fundamentos de intersubjetividade comprovável” (pp. 46-7) parecem, a princípio, aspectos positivos da teoria.

A adoção desta visão da dignidade da pessoa humana garantiria, como Reis Novais afirma, proteção maior a todos os direitos fundamentais e adequar-se-ia ao conceito geral da ideia dos trunfos. No entanto, análise mais profunda desta concepção demonstra o contrário.

Existem diversas concepções acerca da dignidade da pessoa humana³⁰. Apesar de ser um conceito importante para o Direito, é pouca a concordância na doutrina acerca do seu significado, do seu conteúdo ou de sua função jurídica.

De todo modo, a concepção adotada por Reis Novais melhor se assemelha àquela teorizada por Günter Dürig, a chamada fórmula do homem-objeto. Para o autor alemão, “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descharacterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”³¹. Assim, o autor alemão relaciona a dignidade da pessoa humana com a possibilidade de autodeterminação e autoconformação do indivíduo, espaço este que deve ser respeitado pelos demais e pelo Estado.

Esta concepção da dignidade, embora tenha aceitação na doutrina jurídica, possui um enorme problema, que afeta sua aplicação na teoria dos trunfos: não há definição do que efetivamente seria dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, parte-se de um ato que negou esta dignidade para defini-la. A concepção de Dürig – e, em

³⁰ A fim de não desviar do tema deste trabalho, recomenda-se a leitura de dois textos que, em língua portuguesa, resumem bem estas diversas concepções: INGO SARLET, *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.º 09, 2007, e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.º 11, 2010.

³¹ GÜNTER DÜRIG, *Der Grundsatz der Menschenwürde*, 1956, apud INGO SARLET, *As dimensões da dignidade da pessoa humana*, p. 380.

consequência, a de Reis Novais – não demonstra o que é dignidade, tratando-a como limite máximo de limitação dos direitos fundamentais pelo Estado, mas sem esclarecer seu conteúdo.

Ingo Sarlet resume bem a fraqueza desta concepção ao afirmar que, embora a fórmula do homem-objeto ofereça um indicativo, “não poderá oferecer uma solução global para o problema, já que não define previamente o que deve ser protegido”, tendo em vista que tal concepção “constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana”, já que demonstra o que não é digno, mas sem esclarecer o que é. Sua adoção, portanto, fica prejudicada, pois adotar uma posição “exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos) [...] estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade”³².

José de Melo Alexandrino chega à mesma conclusão, afirmando que “esta fórmula serve essencialmente apenas para as situações extremas de violação (*Schutz vor Tabuverletzungen*) do princípio da dignidade humana”, entendendo, assim como Sarlet, que esta concepção “não tem servido para definir ex positivo a dignidade humana, mas sim e apenas como orientação para determinar a existência de uma violação”³³.

Portanto, vê-se que a concepção de dignidade da pessoa humana adotada pela teoria dos trunfos é insuficiente para definir o seu âmbito de proteção, o que é bastante problemático para uma teoria que tem a dignidade como uma de suas sustentações principais.

Este problema é agravado quando se verifica que a dignidade da pessoa humana serve, na teoria dos trunfos de Reis Novais, como guia para a elaboração dos princípios jurídicos que permitirão a proteção dos direitos fundamentais, como orientação do limite máximo de restrição aos direitos fundamentais e como instrumento para o exercício desses direitos. Isto significa que a dignidade possui elevada importância para a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra maioria, já que dela se extrai não só o fundamento para o exercício dos direitos fundamentais como também os mecanismos para limitar o Estado e garantir o exercício desses direitos.

Mas ora, como a dignidade poderia ter essas funções essenciais para o sistema de direitos fundamentais se, pela concepção adotada pelo autor, não se sabe o que ela é? Como poderia se extrair do desconhecido os principais fundamentos e, por

³² INGO SARLET, *ibidem*, pp. 380-381.

³³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 16.

que não, os próprios direitos fundamentais? Em resumo: é possível que uma teoria tenha como uma de suas principais sustentações algo que a própria não consegue esclarecer? A resposta é, certamente, negativa.

Além dessas objeções ao modelo de dignidade adotado e como ele sustentaria (ou não) a teoria dos trunfos, existem problemas de contradição interna da própria concepção de Reis Novais.

Como dito, a dignidade da pessoa humana, da forma como vista pelo autor, está intrinsecamente ligada à autodeterminação do sujeito, tendo este papel ativo na configuração de sua dignidade. A contradição verificada no modelo de Reis Novais diz respeito justamente a esta determinação ativa do conteúdo da dignidade, já que, na concepção do autor, o indivíduo não tem a liberdade para, de fato, definir o que é e como exercer a sua dignidade.

Conforme demonstra Luís Pedro Pereira Coutinho, existe um problema na lógica desta concepção: «se a dignidade pode ser densificada pelo seu próprio sujeito, como pretender, como REIS NOVAIS ainda pretende, que o mesmo sujeito não possa renunciar à sua “autodeterminação futura” ou “colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos”? Como pretender isto num quadro em que o próprio sujeito é, afinal, o *autor* da sua dignidade e não apenas o *sujeito* de dignidade?»³⁴. Em outras palavras: por que existem casos nos quais o sujeito não pode renunciar livremente de sua dignidade? Isto não iria de encontro à própria ideia de autodeterminação tão relevante para esta concepção de dignidade?

De tal modo, conclui-se que, em razão da concepção adotada por Reis Novais acerca da dignidade da pessoa humana (a fórmula do homem-objeto), toda a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria desmorona, pois tendo na dignidade o seu sustentáculo principal (seja para a existência, exercício e até mesmo para a proteção dos direitos fundamentais), mas não adotando concepção que possibilite esclarecer o que é esta sustentação – apenas o que ela não é –, não há como confirmar, dentro das diretrizes teóricas dessa doutrina, a força pretendida dos direitos fundamentais; mais que isso, não há como se afirmar a sua própria existência, já que seria a dignidade que determinaria o sentido normativo e o modo de exercício desses direitos.

³⁴ LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *Do que a república é – uma república baseada na dignidade humana*, disponível em: «<http://www.icjp.pt/content/do-que-republica-e>». Acesso em: 20 mai. 2015.

3.2.c. Força normativa da Constituição e as restrições aos direitos fundamentais justificadas por interesses infraconstitucionais

Apesar de já se ter concluído pelo “desmoronamento” da teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria em razão da insuficiência de duas de suas sustentações principais, não se poderia concluir a análise crítica da teoria sem abordar este ponto, que surge como o maior problema nesta concepção.

Como exposto, uma das sustentações da teoria de Jorge Reis Novais é a força normativa da Constituição, que, segundo o autor, significa que “os poderes constituídos não podem por em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental” (p. 55). Mesmo reconhecendo a posição hierárquica superior dos direitos fundamentais e defendendo sua indisponibilidade (p. 56), o autor admite restrição a um direito fundamental com base em interesse infraconstitucional.

Este entendimento apresenta dois problemas principais: um quando em confronto com as teorias gerais do constitucionalismo e outro com a própria ideia de trunfos.

Estes problemas são melhores ilustrados por meio da análise do principal exemplo utilizado pelo autor, desde sua tese de doutoramento: confronto entre o direito fundamental de manifestação e o tráfego urbano, já mencionado anteriormente. Reis Novais entende que, no caso concreto, o exercício do direito de manifestação (que o autor reconhece como fundamental) pode ser limitado e até mesmo impedido exclusivamente para garantir o tráfego urbano (que o próprio afirma não possuir guarida constitucional).

Primeiramente, este entendimento cria uma contradição interna na teoria dos trunfos.

Como dito, a teoria de Reis Novais se baseia na força e supremacia constitucionais para conceber os direitos fundamentais como trunfos. Entretanto, ao tratar das restrições aos direitos fundamentais, afirma expressamente que “não há qualquer relação lógica de necessidade entre a menção que a Constituição faz (ou não) a um dado bem e o peso ou a força que a premência da sua prossecução apresenta num dado caso concreto” (p. 115). Ora, não há como, a nosso ver, conciliar tal afirmação com as sustentações principais da teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Esta teoria, como expressamente afirmado por Reis Novais, está fundada na força e supremacia das normas constitucionais, das quais resultaria a justificativa para a posição forte dos direitos fundamentais defendida pelo autor; força tão intensa que limitaria – e, em certos casos, impediria – a própria vontade do povo. Portanto, afirmar na própria construção da teoria que a menção constitucional é irrelevante para a força do bem no caso concreto representa contradição inultrapassável da teoria, pois anula mais um de seus fundamentos principais.

Desse modo, levando em consideração que os demais fundamentos da concepção já haviam sido anulados nos tópicos anteriores, conclui-se que a teoria não possui sustentações, pelo que já se poderia responder a questão acerca de seu aproveitamento teórico ou prático. Mas existem outros pontos que reforçam esta conclusão, ainda no que se refere à possibilidade de limitar os direitos fundamentais com base em interesses infraconstitucionais.

Como se sabe – e como o próprio autor defende pelo menos no início da construção da teoria –, as normas constitucionais possuem superioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas. Nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a supremacia da Constituição significa que o Poder deve atuar de acordo com essa, seja através da observação do procedimento prescrito na Constituição (supremacia formal), seja pelo respeito aos “parâmetros substantivos que a Lei Magna houver traçado” (supremacia material)³⁵. O não seguimento desses parâmetros representa a inconstitucionalidade do ato³⁶, o que leva à sua anulabilidade³⁷.

No mesmo sentido, Canotilho afirma que esta “posição hierárquico-normativa superior [...] revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são *normas de normas* (*norma normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição”³⁸.

A autoprímazia normativa significa, portanto, “que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior”, pelo que o Direito Constitucional “é portador de um valor normativo formal e material superior”, orientando a produção das normas inferiores³⁹. Como consequência, os interesses sem guarida constitucional não possuem força normativa suficiente para afastar os interesses constitucionais, por serem hierarquicamente inferiores a estes.

³⁵ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estudo da questão no início no século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*, 4. ed., São Paulo, 2015, p. 128.

³⁶ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *ibidem*, cit., p. 134.

³⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *ibidem*, cit., p. 137.

³⁸ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra, 1993, p. 141.

³⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *ibidem*, pp. 141-142.

Também nesse sentido, Alexy entende que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”⁴⁰. Indo além, o autor alemão é categórico ao afirmar que “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”⁴¹.

No entanto, a teoria dos trunfos de Reis Novais desconsidera a supremacia constitucional. O autor discorda do entendimento segundo o qual “um direito fundamental só pode ser limitado em função da necessidade de proteção ou realização de um bem que, pelo menos, disponha de idêntica natureza jurídica, logo, de idêntica força constitucional” (pp. 114-115), concluindo que “pode suceder, e isso ocorre mais frequentemente do que se possa pensar, que o *candidato* a prevalecer sobre o direito fundamental, ou, mais rigorosamente, sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, seja um bem, princípio ou interesse que não possua reconhecimento constitucional expresso, mas que, todavia, possa reivindicar nas circunstâncias do caso concreto, não obstante a sua natureza infraconstitucional, um peso substancial que se imponha ao peso, de sentido oposto, do bem jusfundamental” (p. 115).

É evidente que tal entendimento está em oposição ao sistema constitucional vigente, em especial no que se refere ao princípio da supremacia constitucional, básico dos Estados de direito democráticos atuais, demonstrando verdadeira rejeição deste princípio basilar pelo autor. Majorando o seu afastamento a tal princípio, o autor ainda entende que “um outro interesse, aparentemente de relevo constitucional formal indiscutível, como é a condução da política externa por parte do Governo”, é incapaz de justificar restrição de um direito fundamental (p. 116).

Isto confirma a desconsideração da supremacia da Constituição pela teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, já que se torna irrelevante para a força de resistência de determinado interesse a sua proteção, ou não, pela Constituição, em clara dissonância à dogmática atual do Direito Constitucional.

Apesar disso, Reis Novais afirma que sua teoria não ofende a força normativa da Constituição. Em verdade, o autor defende sua posição afirmando que apenas se baseia em um “realismo” fático (p. 117). Ao invés de fortalecer a teoria, acredita-se que este critério de “realismo” apenas a prejudica, afastando ainda mais a teoria do sistema constitucional de direitos fundamentais no qual estaria inserida, não conseguindo conciliá-los.

⁴⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit. p. 281.

⁴¹ ROBERT ALEXY, *ibidem*, p. 286.

Falar em realismo fático como justificativa para limitação de direitos fundamentais é algo extremamente perigoso, vez que cada indivíduo possui uma concepção diferente da “realidade”. Como afirma David M. Beatty, “mesmo nas sociedades mais desenvolvidas e esclarecidas, as ideias e as ideologias chocam-se e competem por reconhecimento e recompensas”⁴². Esta complexidade do pensamento humano, é claro, possui consequências diretas para o Direito, podendo “gerar desacordos em torno do reconhecimento, do conteúdo concreto e do alcance dos direitos fundamentais, mesmo diante da existência de um catálogo de direitos que, devido à sua abstração e generalidade, e em parte devido simplesmente a não poder abarcar o espectro de todos os problemas possíveis que suscitam as questões de direitos, resulta incapaz de extinguir esses desacordos”⁴³.

Portanto, recorrer a uma ideia de “realismo” ignora, primeiramente, a complexidade e a diferença do pensamento humano, pois assume que existe uma unidade de conceitos e solução de conflitos de interesses que, em verdade, não existe. Juridicamente, é uma ideia bastante perigosa, em razão de por em risco os supostos objetos de proteção da teoria dos trunfos: a conformação de um modo de vida sem opressão do Estado ou da maioria, a liberdade, e, em última análise, a dignidade.

Os direitos fundamentais possuem sua origem histórica na “luta pela limitação do Poder político e religioso que afetava determinados âmbitos da liberdade do ser humano”, o que tem relação com a própria ideia de Constituição, que “surge como instrumento para limitar a atuação do Poder político, tanto com o objetivo de proteger uma série de pretensões e liberdade, como para organizar o seu exercício”⁴⁴.

Aceitar o critério de “realismo fático” para justificar restrições a direitos fundamentais, inclusive motivadas por interesses infraconstitucionais, representa a concessão de um poder demasiado ao Estado sobre o exercício dos direitos fundamentais, o que vai de encontro ao constitucionalismo moderno, que vê na Constituição uma limitação necessária ao Poder com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais⁴⁵.

Evidencia-se na exposição do “realismo fático” que as decisões acerca do exercício dos direitos fundamentais ficariam a cargo do Poder Público. A análise do

⁴² DAVID M. BEATTY, *A essência do Estado de direito*, tradução de Ana Aguiar Cotrim, São Paulo, 2014. p. 1.

⁴³ DIEGO MORENO; RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Control judicial de la ley e derechos fundamentales: una perspectiva crítica*, Madrid, 2011, p. 15 [tradução nossa].

⁴⁴ RAFAEL DE ASÍS, *Las paradojas de los derechos*, pp. 17-18 [tradução nossa].

⁴⁵ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 36.

exemplo do direito à manifestação em confronto com o interesse de tráfego urbano demonstra as consequências nefastas que a concessão dessa “autorização” representaria para os direitos fundamentais.

O primeiro questionamento a ser feito se aceite este “realismo” é: realidade de acordo com quem? De acordo com o chefe do Executivo? Do chefe de polícia? Se assim fosse, este modelo de Estado se confundiria com uma ditadura, na qual o exercício de eventuais direitos individuais está sujeito ao julgamento de conveniência das autoridades. Na hipótese de o Legislativo poder definir os meios de exercício utilizando-se de um realismo fático de acordo com as concepções de seus membros, a principal característica dos direitos fundamentais de acordo com esta teoria – agir como trunfo contra a maioria – seria perdida, pois seria justamente esta maioria, representada pelo Poder Legislativo, que decidiria, quase que sem parâmetros de controle, a forma de exercer os direitos fundamentais⁴⁶.

Respondendo a este temor gerado pelo seu entendimento, Reis Novais afirma que a última palavra acerca do exercício dos direitos fundamentais deve ser do Poder Judiciário, e não do Executivo (p. 118). O que o autor não parece considerar, porém, é que a atuação do Judiciário é, naturalmente, *post facto*, isto é, o juiz somente será chamado para intervir após a situação concreta ter se desenrolado, momento no qual o direito fundamental já terá sido ofendido (possivelmente até de maneira violenta, como efetivamente ocorre em casos de restrições ao exercício do direito de manifestação, por exemplo) e a intervenção judicial poderá significar nada mais que uma indenização para aqueles que tiveram o exercício de seu direito fundamental prejudicado.

Assim sendo, na prática, a decisão acerca do exercício do direito fundamental *não* caberia, em um primeiro momento, ao juiz, mas sim ao agente policial incumbido de garantir a circulação nas vias urbanas; ou ao legislador que, fundado em um temor “realista”, editasse lei negando aos acusados de terrorismo a assistência de

⁴⁶ Observe-se que não se está falando da regulamentação do exercício dos direitos fundamentais por meio da lei, pois é, de fato, por meio de lei que tal regulamentação – que naturalmente levará a limitações – deverá ser feita. Esta limitação, porém, deverá ser mínima, e somente se justifica “na estrita medida necessária para que os direitos de outros indivíduos não sejam violentados” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 107) ou quando houver confronto com outros bens constitucionais (RAFAEL DE ASÍS, *Las paradojas de los derechos*, p. 15). No caso, a objeção é apresentada à limitação de direitos fundamentais baseada em interesses infraconstitucionais que utilize um critério de “realismo fático” pouco – ou nada – controlável, o que se contrapõe ao sistema constitucional democrático, ainda que realizada por meio de lei aprovada pelo Legislativo.

um advogado; ou ao Presidente que, visando proteger o “bem comum”, impedisse a circulação de um jornal crítico à sua administração. Até haver a provocação e posterior intervenção do Judiciário, os direitos fundamentais em questão já teriam sido prejudicados de maneira bastante grave, em prejuízo não só aos detentores de tal direito, mas também a toda a sociedade⁴⁷.

Logo, uma teoria que se afirma garantidora dos direitos fundamentais mas que aceita a sua restrição com base em “realismo” parece não considerar as graves consequências que tal critério gera para o exercício desses direitos. Mais que isso, finda por negar o Estado Democrático de Direito e o sistema de proteção a ele inerente.

Agravando ainda mais a dissonância da teoria com o sistema democrático de direitos fundamentais, Reis Novais defendeu em sua tese de doutoramento⁴⁸, ao analisar o exemplo do direito de manifestação x tráfego urbano, que “o interesse de liberdade, concreta e específica, de vinte manifestantes não pode prevalecer sobre o interesse, ainda que sem consagração constitucional expressa, de várias dezenas de milhares de cidadãos em não ficarem paralisados no trânsito durante as horas em que a manifestação decorresse”⁴⁹. Além de tal entendimento ser evidentemente contrário à supremacia da Constituição e à idéia de Estado de direito democrático, ele está sustentado justamente na preeminência dos interesses de uma maioria sobre os de uma minoria única e exclusivamente em razão da força de número da primeira, já que o próprio autor reconhece que, no confronto hierárquico-normativo de interesses, o direito de manifestação da minoria é superior à não vontade da maioria de ficar parada no trânsito. Esta idéia também afasta o igual respeito que deveria ser dado às concepções das minorias quando em confronto com as concepções majoritárias, defendido pelo autor na exposição da teoria.

⁴⁷ Valendo notar que a própria intervenção do Judiciário e a efetividade concreta das decisões tomadas pelo Poder dependerão de uma configuração institucional (tanto teórica quanto prática) que garanta respeito às decisões do Poder, o que nem sempre se faz presente (cfr. CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*, in *Constitucionalismo e democracia*, Salvador, 2011, pp. 366 ss.)

⁴⁸ É importante notar que, mesmo sendo o objeto principal do presente estudo a teoria dos trunfos como posta no livro *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, e mesmo que o autor não tenha formulado esta teoria em sua tese de doutoramento, a menção a este trecho é relevante pois o exemplo do direito à manifestação x tráfego urbano continuou sendo usado pelo autor em seus trabalhos futuros como sustentação para sua teoria.

⁴⁹ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Lisboa, 2002, pp. 561-562.

Ainda no que concerne à tese de doutoramento de Reis Novais, o entendimento firmado naquele trabalho ajuda a revelar alguns alicerces da teoria dos trunfos. Deve ser ressaltado, como o título da tese deixa claro, que o objeto principal de estudo do autor era a questão das restrições aos direitos fundamentais que não estivessem expressamente autorizadas pela Constituição, o que torna ainda mais sensíveis suas observações quanto às limitações aos direitos fundamentais, pelo que vale fazer breves considerações sobre este ponto.

Conquanto afirme que “a relativização da força normativa dos direitos fundamentais [...] não pode significar o seu esvaziamento ou entrega aos poderes constituídos”⁵⁰, desde sua tese de doutoramento Reis Novais adota posicionamento que inevitavelmente retira dos direitos fundamentais grande parte de sua força de proteção contra os abusos do Estado.

Indo de encontro à visão de que os direitos fundamentais como trunfos representam “posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política” (p. 62), o autor menciona em sua tese um princípio da limitabilidade dos direitos fundamentais, defendendo que “ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada”, mas apenas que “ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjetiva, ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal”, que deve ser compatibilizada “com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de proteção jurídica”⁵¹.

Reis Novais ainda afirma que o artigo 18, nº 2, da Constituição portuguesa adota um modelo teórico impraticável e irrealizável, propondo que a proibição constante no dispositivo constitucional seja relativizada ou até mesmo afastada⁵² de acordo com as necessidades práticas da vida em uma comunidade organizada⁵³. A posição adotada certamente apresenta uma contradição na doutrina do autor: como pode defender a força normativa da Constituição, e, ao mesmo tempo, entender que um dispositivo constitucional que visa garantir maior proteção aos direitos fundamentais pode ser ignorado de acordo com as necessidades do caso concreto (como no exemplo do direito de manifestação x tráfego)?

Antecipando essa crítica, Reis Novais afirma que sua proposta “não padece da aparente debilidade”, mas sim que “os constrangimentos inultrapassáveis da rea-

⁵⁰ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 527, grifos no original.

⁵¹ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, pp. 521-522.

⁵² JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 532.

⁵³ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 536.

lidade constitucional só deixam àquela proibição um único sentido útil”, qual seja, “o de um especial apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos no sentido de reforço da enunciação do caráter excepcional e sempre carente de justificação de qualquer restrição da liberdade em Estado de Direito”⁵⁴.

Essa posição claramente deixa sob o crivo das autoridades administrativas e legislativas o controle acerca dos limites dos direitos fundamentais, tendo em vista que grande número de justificativas pode ser formalmente utilizado para sustentar limitações aos direitos, em especial quando perante o critério de “realismo” adotado por Reis Novais.

Mencionando já naquela oportunidade a natureza de trunfo dos direitos fundamentais, o autor afirma que nos casos em que não há autorização constitucional para a restrição, os juízes possuiriam competência ampla para o controle dos atos dos poderes constituídos, “incluindo as ponderações realizadas pelo legislador democrático”⁵⁵. Entretanto, até este controle judicial é prejudicado caso siga as diretrizes traçadas por Reis Novais, face o amplo espaço de manobra conferido ao Estado na avaliação dos critérios que autorizam a restrição de um direito fundamental, ainda quando esta não esteja autorizada pela Constituição, ou mesmo que não esteja fundada em outro interesse constitucional. Além do mais, como dito no item 3.2.c., o controle judicial dos atos praticados pelos poderes eleitos é naturalmente *a posteriori*, ocorrendo após a ocorrência das violações aos direitos fundamentais, o que torna ainda mais delicada a proteção a ser garantida por esse meio.

As demais colocações quanto às restrições aos direitos fundamentais expostas na tese de doutoramento (reserva geral imanente de ponderação, peso do direito fundamental, etc.) foram mantidas na obra *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, não se fazendo necessário repetir tudo que já foi dito. No entanto, a menção à tese de doutoramento de Reis Novais se faz relevante para revelar como a sua doutrina limita demasiadamente as proteções que deveriam ser garantidas pelos direitos fundamentais. Os posicionamentos defendidos pelo autor possibilitam até mesmo a incidência de restrições não autorizadas pela Constituição, ainda que estejam fundadas em interesses infraconstitucionais, tudo com base em um critério de “realismo” inevitavelmente submetido à discricionariedade do Estado, justamente contra quem os direitos fundamentais deveriam se impor.

⁵⁴ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 545.

⁵⁵ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*, p. 549.

3.2.d. Tentativa de controle do “realismo”

Talvez reconhecendo a contradição que a utilização do “realismo” representaria para a sua teoria, o autor afirma que “o realismo que nos é imputado não deve, por último, ser confundido com admissibilidade indiferenciada e irrestrita de qualquer bem ou interesse poder funcionar na qualidade de candidato” a restringir um direito fundamental (p. 119), pelo que se propõe a criar critérios de controle do candidato a justificar a restrição. Se não passar por este controle, o candidato nem poderia chegar na etapa de ponderação.

No entanto, esses critérios em nada ajudam na resolução do problema, o que ocorre por algumas razões.

A primeira delas se refere à identidade desses critérios com os momentos do controle de constitucionalidade da ponderação dos direitos fundamentais, exposto no tópico 2.5. Logo, se o controle do candidato e o controle de constitucionalidade possuem os mesmos parâmetros, envolvendo inclusive o conflito entre o candidato de causar a restrição e o direito fundamental em jogo (momento 2 do controle de constitucionalidade), a criação dessas duas etapas supostamente distintas não garante, realmente, maior proteção ao direito fundamental, tendo em vista que, se o candidato passar pelo primeiro controle, necessariamente passará pelo segundo. Portanto, não havendo real diferença entre os critérios, o resultado de ambos os controles será, sempre, o mesmo⁵⁶, pelo que não há utilidade ou proteção maior resultantes deste controle prévio do candidato.

De todo modo, as etapas desse controle do candidato são (pp. 120 ss.): (1) conformação com a concepção de trunfos; (2) capacidade de ilidir a presunção de inconstitucionalidade; (3) o interesse deve possuir força ou premência de realização capaz de vencer o trunfo; (4) só serão candidatos a restrição os interesses que visem garantir “direitos dos outros e exigências vitais consensualmente reconhecidas numa sociedade democrática”; (5) a restrição não pode ultrapassar o limite dos limites (a dignidade); e (6) deve ser analisada a parcela do direito fundamental que será prejudicada.

O critério (1) é problemático, uma vez que, embora o autor entenda que sua concepção de trunfos reduz os “perigos do subjetivismo, decisionismo e intuicionismo que ameaçam estruturalmente” a ponderação, não esclarece como isto ocorre na prática. Além disso, as fragilidades e concessões da concepção, demonstradas ao longo deste trabalho, dificultam o vislumbamento de como ela pode realmente

⁵⁶ Em razão desta identidade de etapas e visando evitar repetições, as críticas a serem elaboradas a este “controle do candidato” se aplicam ao controle de constitucionalidade.

ter esse efeito. Entre estas concessões que prejudicam a proteção, está a força do número: embora o autor afirme que somente a força do número não seja suficiente para justificar a restrição a um direito fundamental, foi visto que não é isto o que de fato defende, pois em sua tese de doutoramento, acima mencionada, adota posicionamento totalmente divergente.

Esta última parte possui relação com o critério (4): ao afirmar que os direitos fundamentais podem ser afastados para garantir os direitos dos outros e exigências vitais aceitas na sociedade, o autor novamente dá azo à força da maioria, garantindo uma proteção à concepção majoritária do que seriam “exigências vitais” e protegendo os “direitos dos outros”, sem esclarecer até que ponto estas concepções justificariam a limitação ao direito fundamental.

Os critérios (2) e (3) demandariam, por si mesmos, outros critérios que explanassem o que é um interesse capaz de ilidir a presunção de inconstitucionalidade ou interesse que possua força suficiente para afastar um trunfo. Fora o “realismo” extremamente criticável e inadequado, não é apresentado outro critério para esta identificação.

A não ultrapassagem do limite dos limites (5), que seria a dignidade, é critério utilizado por boa parte da doutrina como limite máximo aceitável de restrição de um direito fundamental. No entanto, os doutrinadores que assim entendem vinculam-se à superioridade hierárquica da Constituição, pelo que demandam razões com igual força constitucional para justificar a restrição a um direito fundamental, o que se viu não ocorrer com Reis Novais. Além disso, a ideia que possui da dignidade, como acima exposto, não orienta a aplicação deste limite.

Por fim, o critério (6) também é problemático, pois representa a realização de um julgamento valorativo sem critério algum. Como seria decidido se a parcela do direito sob risco de prejuízo é relevante ou não? Se ela possui força maior que um interesse infraconstitucional ou não? Novamente, fora o “realismo”, não há critério. Ademais, a própria ideia de que certas dimensões de alguns direitos são mais importantes que outras é problemática, ainda mais quando defendida sem maiores critérios de análise. Mas este ponto específico tem relação com o tópico 3.1.c, pelo que se faz referência a ele.

Assim, tem-se que este controle de candidato a restrição, além de não representar distinção em relação ao controle de constitucionalidade principal da teoria, não garante verdadeira proteção aos direitos fundamentais, pois seus critérios são pouco seguros e controláveis, possibilitando grande subjetivismo nesta análise.

Ainda, considerando que o controle de candidato é idêntico ao controle de constitucionalidade, conclui-se, fatidicamente, que este também não protege os direitos fundamentais sob risco de limitação.

Desse modo, observa-se que a concepção de trunfos de Reis Novais, no lugar de realmente protegê-los (como objetivaria), fragiliza os direitos fundamentais e dá azo a um casuismo decisório (por parte de todos os Poderes) tão extremado que põe em xeque a própria existência do Estado Democrático de Direito. A teoria de Reis Novais, assim, não se adéqua ao ordenamento constitucional vigente, bem como não possui conceitos e fundamentos uníssonos, não havendo como justificar sua aplicação ao sistema de direitos fundamentais.

Conclusão

Acredita-se que a exposição acima evidencie a conclusão acerca da adequação da teoria dos trunfos, tanto internamente, quanto em relação ao sistema de direitos fundamentais. Tendo sido verificado que (i) ver os direitos fundamentais como trunfos não lhes garante maior proteção, já que os trunfos podem ser afastados por motivos fracos e hierarquicamente inferiores; (ii) em diversos pontos a teoria não é inovadora e, quando o é, não se enquadra ao sistema de direitos fundamentais; (iii) a ideia geral de trunfos não pode ser conciliada às justificações do Estado para a não garantia dos direitos que demandam prestações positivas; e, por fim, (iv) tendo sido anulados os três alicerces e os principais pontos de aplicação da concepção, a maioria das questões colocadas na introdução, bem como seu objetivo principal, já foram respondidos, concluindo-se pela inadequação da teoria ao sistema de direitos fundamentais. Ainda assim, a fim de que não haja acusação acerca da incompletude da pesquisa, compete analisar se a concepção poderia ser aproveitada para alguns direitos fundamentais isoladamente ou para alguns grupos de direitos.

A princípio, analisando isoladamente o conceito de direitos fundamentais como trunfos apresentado por Jorge Reis Novais, poderia até ser vislumbrado que os direitos de liberdade e os sociais em sua dimensão negativa seriam trunfos, vez que representam uma proteção forte do indivíduo contra o Estado. No entanto, a teoria não garante, de fato, esta proteção maior aos direitos fundamentais, pelo contrário: as concessões elaboradas ao conceito geral de trunfos são tantas que esses direitos acabam submetidos a fragilidade incompatível com a sua natureza de normas constitucionais hierarquicamente superiores.

Expandindo a análise para além do conceito geral, a teoria cria um número tão grande de hipóteses de cessão dos direitos fundamentais a outros interesses que, ao fim, esses direitos se apresentam debilitados e propensos à atuação descabida e descontrolada do Estado, tendo em vista que até interesses infraconstitucionais

justificam restrição a direitos fundamentais, o que está em desacordo com o ordenamento constitucional vigente. Embora Reis Novais defenda o controle de constitucionalidade das restrições eventualmente causadas, não dá a esse controle parâmetros objetivos e determinados para que seja realizado de forma efetiva e, em sentido contrário aos seus próprios objetivos expressos, dá maior azo ao casualismo decisório do Estado, inclusive do juiz, que pode favorecer pretensões estatais cerceadoras de direitos fundamentais.

Mesmo que defenda a dignidade da pessoa humana como limite máximo de restrição aos direitos fundamentais e reconheça seu relevante papel no controle de constitucionalidade de tais restrições, adota concepção que não define o que é dignidade, e admite a proibição do exercício de um direito com base na vontade da maioria sem guarida constitucional, tendo como principais objetos de controle para tal o “realismo fático” e a “consciência jurídica”. Todas essas cessões tornam a proteção de qualquer direito submetido a esta teoria deficiente, o que apenas reforça a impossibilidade de aproveitamento desta teoria também para os direitos que demandam omissões do Estado.

Por esse motivo, a teoria também não pode ser aproveitada para o princípio da dignidade da pessoa humana e nem para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como havia sido cogitado pessoalmente no início da pesquisa. Mesmo tratando a dignidade como limite dos limites para a atuação do Estado, tratá-la como trunfo findaria por fragilizá-la, já que a dignidade também “iria a jogo” e poderia ser afastada por quaisquer interesses que, na prática, o agente estatal entendesse mais relevante, o mesmo sendo verdade para o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

As regras também não poderia ser reconhecida a natureza de trunfos. Primeiro porque, como o próprio autor reconhece, elas são absolutas, não podendo ser afastadas por meio de ponderação; ou seja, nem entram em jogo, o que afasta a ideia dos trunfos. Ademais, as construções da teoria acerca da possibilidade de relativizar trunfos ou de trunfar uma grande quantidade de interesses acabaria por possibilitar a relativização das regras, o que também as enfraqueceria.

No fim, a teoria de Jorge Reis Novais admite tantas exceções e relativizações dos trunfos supostamente imbatíveis que não pode ser aplicada a nada, uma vez que tudo que passe a ser considerado trunfo ficaria imediatamente dotado de ampla possibilidade de relativização, enfraquecendo seu âmbito de proteção e, em certos casos – em especial dos próprios direitos fundamentais –, indo de encontro às disposições constitucionais e às construções doutrinárias atinentes. Assim, entende-se que a teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é adequada ao sistema de direitos fundamentais, não sendo passível de aplicação.