

A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO: UMA DISCUSSÃO ESSENCIAL TAMBÉM PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO

ODETE CARLIN*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Origem e finalidade dos Direitos Fundamentais; 3 Natureza dos Direitos Fundamentais; 4 Consequências da institucionalização dos Direitos Fundamentais: Justiça Constitucional e tensão entre Constitucionalismo e Democracia; 5 Justiça Constitucional: necessidade de sua existência e controle; 6 Teorias sobre as restrições dos Direitos Fundamentais; 6.1 Teoria interna dos limites dos Direitos Fundamentais (ou teoria dos limites imanes); 6.2 Teoria externa dos limites dos Direitos Fundamentais; 6.3 Teoria dos Direitos Fundamentais como princípios; 6.4 Direitos como trunfos e reserva geral imane de ponderação; 7 Breves conclusões; Referências

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) tratou do tema dos direitos fundamentais de forma inédita na história do constitucionalismo nacional ao dar-lhes a devida relevância pela primeira vez. Com efeito, de modo inovador em nosso meio, passou a outorgar-lhes o *status* jurídico devido¹ no transformado e dinâmico contexto da contemporaneidade², que até então lhes fora sonogado por razões peculiares à nossa história e às vicissitudes de nosso desenvolvimento político.

* Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Passo Fundo/RS e Mestranda em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Constitucional), pela Universidade de Lisboa – FDUL.

¹ Conferir, para todas as afirmações, SARLET, p. 73 et seq.

² É de se recordar que um novo constitucionalismo, caracterizado, dentre outras transformações, na positivação constitucional dos direitos fundamentais, surgiu no segundo pós-guerra. E justamente a partir daí passou a deslocar-se a antiga ideia de “império da lei” para a ideia de “Estado dos Direitos Fundamentais”, nos dizeres de Jorge Reis Novais, no sentido de que a lei devesse agora passar a ser moldada a partir de uma certa conformidade com a Constituição ou com esses valores assim positivados no momento constituinte, e não mais o contrário – como ocorria enquanto a Constituição figurava apenas como documento retórico ou mero repositório programático de promessas sem força vinculante efetiva. Confira-se, nesse sentido a obra *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, do mesmo constitucionalista e também professor de Ciências Políticas da Universidade de Lisboa (v.g., p. 12).

Além disso, a CF/88 foi concebida a partir de um forte compromisso com a noção de justiça social, reforçado pela eleição de princípios fundamentais expressos, como o da dignidade da pessoa humana, como já evidencia o seu próprio preâmbulo³ e como bem revela, em seguida, a positivação expressa de uma série de direitos sociais, como direitos fundamentais, em título específico (Título II do Capítulo II) – dentre os quais destacam-se o direito ao trabalho (artigo 6º) e diversos direitos dos trabalhadores (artigos 7º ao 11º).

Aliás, tal foi “a importância dada pela Lei Fundamental ao fenômeno do trabalho”, que, assim como a professora Maria do Rosário Palma Ramalho reconhece para o caso português (no âmbito da Constituição de 1976), entende-se possível identificar a existência também em nosso ordenamento jurídico de uma verdadeira “Constituição Laboral”⁴ integrada “pelo conjunto de preceitos constitucionais com incidência directa ou indirecta no domínio laboral”⁵.

Some-se a essa realidade, a peculiaridade do modelo de controle difuso de constitucionalidade brasileiro na Carta Magna de 1988 – onde todo o juiz é “juiz constitucional”, na medida em que lhe compete até mesmo negar aplicação à lei que seja por ele tida por inconstitucional⁶ – e, por fim, um grande avanço teórico e prático do Direito Constitucional brasileiro nas últimas décadas, e desenha-se um quadro muito especial na seara trabalhista.

Trata-se, como se vê, de perceber que existe hoje uma profunda aproximação do especializado Direito do Trabalho com a área da jurisdição constitucional e com o dinâmico direito substancial específico que lhe dá suporte, o Direito Constitucional – quadro este nem sempre nitidamente visualizado, talvez ante a proximidade dos atores destas lides de índole privada que normalmente caracterizam as reclamações trabalhistas. Fato é, no entanto, que a existência de uma “Constituição Laboral” e a atuação efetiva dos direitos fundamentais sociais (sobretudo de índole trabalhista) sobre as relações laborais, de forma direta ou não, são uma realidade impositiva que cada vez mais vivifica nos processos que nos chegam às mãos.

³ Nesse sentido, conferir também Ingo Sarlet, em *Comentários à Constituição do Brasil*, art. 6º..., p. 1299 (versão eletrônica).

⁴ A expressão é utilizada tanto no *Tratado de Direito do Trabalho* da professora portuguesa Maria do Rosário Palma Ramalho, como pelo emérito constitucionalista Jorge Miranda (2007a, p. 17-19)

⁵ Conferir RAMALHO, 2012, p. 167 et seq.

⁶ Independentemente da posição que se tenha sobre a questão da possibilidade de aplicação direta da Constituição entre particulares – matéria que tem sido muito discutida entre os constitucionalistas, com divergência aparentemente significativa entre as posições doutrinárias dominantes no Brasil e aquelas vigorantes na Europa –, parece que ninguém haverá de negar a realidade de que o juiz trabalhista deverá sempre estar atento ao exame da constitucionalidade das leis que aplica. Assim, como já dissemos em outro lugar – mais precisamente no seminário “*O papel da Justiça do Trabalho brasileira na efetivação da ‘Constituição Laboral’*”, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 14.05.2014, sob orientação e avaliação do Prof. Dr. Jorge Reis Novais, a ser publicado na forma de relatório – em sendo invocada a inconstitucionalidade de uma lei como causa para não sujeição do particular a ela, tem o juiz trabalhista o poder-dever de deixar de aplicá-la em julgando que a alegação está correta. E isso é a expressão mais comum de exercício de jurisdição constitucional no sistema brasileiro.

Da mesma forma, a existência de uma “justiça constitucional laboral” ou, se assim se preferir, de uma prestação jurisdicional de cunho constitucional pelos próprios juizes do trabalho é outra realidade que não pode ser negada. Em verdade, é uma realidade que se apresenta evidente ante os desafios desta natureza enfrentados corriqueiramente pelas cortes trabalhistas neste início de século e que se multiplicam cada vez mais.

É, pois, neste contexto, onde parece haver espaço para uma maior discussão sobre os contornos da prestação jurisdicional laboral enquanto modo de efetivação dos direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista, que o presente ensaio surge e pretende atuar de modo muito específico e despretensioso.

De fato, o que se objetiva neste ensaio é sugerir a necessidade de se reforçar a consideração teórica desta importante e atual conexão entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, bem como desta ligação que se estreita entre a Justiça Trabalhista e a Justiça Constitucional.

É por tudo isso, portanto, que as breves considerações seguintes se prestam a tratar de um tema que mais comumente frequenta ensaios e obras do Direito Constitucional contemporâneo, mas que, pelo que já se vê do exposto, deve ser considerado como uma discussão essencial também no âmbito da Justiça do Trabalho.

2 ORIGEM E FINALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Segunda Guerra Mundial deixou marcas profundas na humanidade. Atrocidades de todos os tipos foram cometidas de forma tão ampla como nunca antes se havia visto, quase sempre em nome de determinadas ideologias. O totalitarismo teve uma força avassaladora e deixou evidente que somente a lei, formada a partir da ideia de uma vontade geral, foi insuficiente para proteger os mais básicos Direitos Humanos.

Em suma, o Estado de Direito, enquanto fundado somente na garantia das leis dadas por maiorias, falhou. As Constituições, por sua vez, como meros documentos políticos e retóricos, não se prestaram tampouco para a defesa mínima da dignidade humana.

Por conta disso, surgiu a necessidade de repensar o Constitucionalismo na segunda metade do Século XX. O pós-guerra, na leitura do constitucionalista português e professor da Universidade de Lisboa, Jorge Reis Novais, foi, por isso, um momento de “balanço” e “refundação”⁷. Surge a ideia de força

⁷ Conferir a respeito, NOVAIS, 2012, p. 198-9. Diz aquele autor: “O dealbar da segunda metade do século XX é, para o constitucionalismo, um momento de balanço, mas, sobretudo, de viragem ou refundação. Os anos antecedentes haviam sido marcados, sobretudo na Europa, por atrocidades inimagináveis ante as quais se evidenciou uma chocante inoperância dos mecanismos de defesa da Constituição. [...] a avaliação das experiências dramáticas vividas na Europa impôs, em todos os domínios, mas também na área constitucional das comunidades políticas de Estado de Direito, mudanças profundas nas instituições, nos métodos e nas concepções de um Direito Constitucional.

normativa da Constituição (Konrad Hesse, 1959⁸). Surge, também, a ideia de Direitos Fundamentais como garantias constitucionais, como normas jurídicas essenciais postas em uma Constituição⁹.

Com a assunção desse caráter jurídico pelos Direitos Fundamentais, passou a ser possível distingui-los dos Direitos Humanos, justamente porque aqueles se tornaram positivados nos ordenamentos nacionais, ganhando, assim, uma diferenciada força normativa e vinculante¹⁰. Nesta origem e nesta transformação, encontra-se também a expressão de sua finalidade: surgiram para garantir os direitos de todos, inclusive frente o Estado e a lei, mesmo e principalmente os direitos das minorias ante as maiorias eventuais formadas nas democracias. E nisso a força inovadora de tais direitos e o seu caráter de relevantes garantias de peso para os indivíduos e, depois, para a sociedade, no tocante a busca pela consolidação e preservação de determinados valores essenciais à manutenção de uma vida gregária digna e dignificante.

[...] Assiste-se, então, de um lado, à 'rematerialização' do conceito de Estado de Direito, não mais identificado com o Estado de legalidade do positivismo, que havia aberto, mesmo que involuntariamente, o conceito ao preenchimento por quaisquer valores desde que actuados na forma da lei. O Estado de Direito é agora renovadamente perspectivado enquanto Estado que colhe necessariamente a sua legitimidade, não apenas da observância formal da legalidade, mas também, e sobretudo, na observância de uma pauta universal de valores de onde decorrem direitos de que os poderes políticos instituídos não dispõem. [...] o novo constitucionalismo reafirma, mas agora com um novo sentido, a sua inspiração fundadora no valor da igual dignidade da pessoa humana, independentemente de particularismos como propriedade, raça, credo, sexo, religião ou convicção, e nos direitos fundamentais." Confira-se, ainda, sobre o ponto, de NOVAIS, 2010, p. 24 et seq.

⁸ Conferir HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A Fabris Editor, 1991.

⁹ É da mesma passagem de NOVAIS, 2012, p. 199: "[...] Ora, e em segundo lugar, esta nota de 'viragem' [referindo-se às reafirmações renovadoras do novo constitucionalismo] teria permanecido 'letra morta' se não fosse acompanhada da consequência prática da maior relevância [...] para a sua revitalização. Essa consequência foi precisamente a ideia de que esses direitos fundamentais constitucionais que concretizam a garantia da igual dignidade da pessoa humana não são mera proclamação retórica cuja realização se satisfazia com a sua 'entrega' às boas intenções do poder político e do legislador, mas **são, antes, norma jurídica directamente aplicável, dotada da força constitucional que vincula todos os poderes do Estado**, incluindo o legislador democrático, e **cujas supremacia deve ser assegurada por um poder judicial funcionalmente independente da maioria política que ocupa conjuntamente o poder**" [grifo nosso].

¹⁰ Para uma definição de direitos fundamentais a partir da distinção desta categoria daquelas dos direitos humanos e dos chamados direitos naturais, confira-se Sarlet, 2012, especialmente p. 23 et seq., aonde resta esclarecido que "[...] o termo **direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado**, ao passo que a expressão **direitos humanos** guardaria relação com os documentos de Direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional)." [grifo nosso].

3 NATUREZA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O esclarecimento sobre a finalidade dos Direitos Fundamentais deixa antever a sua natureza: tratam-se de normas jurídicas de elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico e de extrema complexidade.

Como garantias fundamentais, postas na Constituição, podem e devem sobrepor-se à lei que eventualmente, por um motivo ou outro, a eles se contraponham. Só isso já geraria dificuldades de toda ordem para os juristas, porque a ideia de deixar de aplicar a lei em nome de normas constitucionais é, como se viu, relativamente recente e até mesmo ainda controvertida¹¹, ante a afetação que isso traz a princípios outros, estruturantes da própria democracia representativa – como é o caso do princípio da maioria, ou mesmo da soberania popular.

Entretanto, muito embora seja possível oferecer respostas razoáveis a esta primeira problemática mencionada, a dificuldade de compreensão e manejo adequado da noção de direitos fundamentais cresce quando se constata que nem sempre eles devam prevalecer – mesmo que tenham sido concebidos justamente em função desta sua natural condição de resistentes à lei. O fato é que em muitas situações, esses mesmos direitos fundamentais, forjados para resistir, devem ceder à lei, no todo ou em parte, mesmo que estejam em posição hierarquicamente superior¹².

Ora, mas se assim é, como garantir que os direitos Fundamentais se sobreponham à lei quando devido? E como garantir que eles cedam à lei, quando necessário? Finalmente, como saber quando devem sobrepor-se ou quando devem ceder à lei – e em que medida isso deve dar-se?

¹¹ Por mais surpreendente que possa eventualmente parecer esta afirmação, basta considerar, por exemplo, no âmbito estadunidense, a “poderosa e bem fundamentada contestação à jurisdição constitucional” e “à própria ideia de constitucionalização dos direitos” feita por JEREMY WALDRON (Conferir, a respeito, o capítulo III da obra *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, de Jorge Reis Novais, intitulado “Desacordo sobre Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional” (p. 149 e seguintes).

¹² De novo aqui só se compreende a afirmação se considerarmos a realidade de que nem mesmo os Direitos Fundamentais (constitucionalmente inscritos e fortemente vinculantes) podem ser considerados absolutos. Há determinadas situações, muito peculiares e especiais, em que eles devem ceder, total ou parcialmente, frente a outros direitos, bens ou interesses especialmente relevantes, conforme o caso. O problema será, então, justamente identificar quando, como e em que medida isso pode e deve dar-se. Nesse sentido, conferir Reis Novais (2012, p. 70 et seq.): “A regra geral é de que todos os direitos fundamentais, considerados como um todo, são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens dignos de protecção que se lhes oponham, podem ter de ceder. E pode-se dizer que essa limitabilidade decorre da própria natureza dos Direitos Fundamentais. [...] Os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de protecção jurídica.”

Esses questionamentos exemplificam bem não só a diferenciada força normativa de que devem ser dotados, mas, ao mesmo tempo, a complexidade que guardam essas normas jurídicas¹³, que escudam valores essenciais até mesmo frente a determinados interesses transmutados eventualmente em lei, mas que tem de ser dotados de um certo tipo especial de flexibilidade ante a determinadas situações, como melhor será visto adiante.

4 CONSEQUÊNCIAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A origem dos Direitos Fundamentais e a sua complexa natureza geraram consequências importantes para os Estados Democráticos e de Direito do pós-guerra, que se refletem até hoje.

A primeira consequência evidente foi a necessidade de criação de uma Justiça Constitucional. Tribunais Constitucionais ou Cortes Superiores com função de fiscalização da constitucionalidade das leis se fizeram necessários justamente para dar efetividade aos direitos fundamentais. Foram e são instrumentos essenciais para assegurar que as garantias fundamentais se realizem na prática, isto é, para que as Constituições deixassem de ser retóricas e passassem a ser normativas e protetivas de direitos essenciais nas democracias.

¹³ O professor Reis Novais (2012, p. 68 et seq.) chega a falar, neste ponto, em “paradoxo da ideia de direitos [fundamentais] como trunfos e a reserva geral imanente de ponderação” Diz ele o seguinte: “De facto, a ideia de direitos como trunfos traduz a ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, considerados que eles são, em Estado de Direito, como subtraídos à livre vontade e à livre decisão da maioria. Porém, há um primeiro momento em que se teve de definir quais são os direitos fundamentais, quais são, afinal, os limites considerados, em princípio, como intransponíveis pela maioria. Ora, em Estado de Direito democrático que fixa esses limites só pode ser a própria maioria, directa ou indirectamente, de forma simples ou qualificada, mas sempre uma maioria que no momento constituinte se autolimita em função da protecção dos direitos fundamentais ou que aceita a limitação que os direitos fundamentais impõem. [...] Mas, mesmo após o exercício do poder constituinte originário, acabamos de concluir que, na sua generalidade, os direitos fundamentais são limitáveis, têm que ceder, podem ser restringidos. E, de acordo com o princípio geral da reserva de lei, própria do Estado de Direito, cabe ao legislador ordinário proceder primariamente esta limitação, seja [a] quando a Constituição expressamente o autoriza a limitar o direito fundamental, seja, [b] no silêncio da Constituição, quando o legislador ordinário antecipa conflitos ou colisões entre os direitos fundamentais e outros bens, que podem ser também direitos fundamentais de outros titulares ou até do mesmo titular, e, nessa ponderação, admite ou prevê a limitação/cedência do direito fundamental em questão. Porém, o legislador ordinário é, em Estado democrático, a expressão da maioria política, da maioria do governo; logo, dissemos que os direitos fundamentais eram trunfos contra a maioria, mas admitimos e defendemos, agora, que essa mesma maioria possa limitar os direitos fundamentais. Como resolver a dificuldade?” Este é precisamente o cerne dessa problemática que emerge hoje em diversas demandas, inclusive de natureza trabalhista, que chegam ao Judiciário. Como limitar e quando limitar? Quem decide sobre isso e em que limites, dentro de um Estado de Direito democrático? E, também, este é o objeto das teorias que procuram examinar as possibilidades de restrições aos direitos fundamentais e a questão dos limites aos limites assim impostos a tais direitos, como adiante será visto.

Da mesma forma, conforme o desenvolvimento histórico dos modelos de controle de constitucionalidade e dos sistemas específicos concebidos pelos distintos ordenamentos jurídicos, não só órgãos colegiados de segundo grau ou de instâncias superiores receberam funções desta especial natureza. O controle ou fiscalização da constitucionalidade das leis acabou sendo, por muitas vezes, uma competência também dos julgadores monocráticos, em primeira instância – mesmo que a atribuição do magistrado possa se reduzir aí, como no Brasil, a um poder-dever de negar aplicação à lei inconstitucional (e não propriamente constituir-se na possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade da norma propriamente dita).

De qualquer sorte, foi através da assunção da necessidade de atribuir-se essa função de fiscalização da constitucionalidade das leis aos tribunais, em sentido lato, que se operou a busca pela efetividade dos direitos fundamentais.

Desta busca pela garantia institucionalizada da efetividade dos Direitos Fundamentais, nasceu uma segunda consequência problemática: a tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Para compreender melhor este problema, considere-se, primeiro, que a noção de Estado Constitucional está associada à necessidade de “preservação dos direitos do homem e sua garantia enquanto direitos fundamentais”¹⁴. E se, para tanto, a Constituição é forte a ponto de conter normas de Direitos Fundamentais que possam se sobrepor na vida prática às leis, então ela tem um forte sentido contramajoritário.

De outro lado, se na democracia as matérias de interesse coletivo devem ser decididas a partir de votações realizadas pelos representantes do povo, como expressão da noção essencial de busca pela vontade geral na solução dos problemas da sociedade, tem-se que está ela claramente baseada no princípio da maioria.

Assim, partindo do dogma, institucionalizado (e constitucionalizado), de que “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”¹⁵, de onde as leis extraem sua fonte de legitimidade em regimes democráticos, como justificar que o princípio majoritário (inserido na lei) deva ceder em favor da atuação contramajoritária de um tribunal com funções constitucionais (cujos juízes, por vezes, sequer são eleitos pelo povo¹⁶)? Ainda que as origens históricas, que impuseram a criação dos direitos fundamentais como normas

¹⁴ Conferir NOVAIS, 2012, p. 27.

¹⁵ Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa (CRP/76) é expressa como a Constituição brasileira de 1988. Leciona o Prof. Jorge Miranda (2007b, p. 64-65) que “a Constituição de 1976 institucionalizou em Portugal a democracia representativa, pois: 1º) Declara a República um Estado *democrático* – ou mais complexivamente, um Estado de *Direito democrático* – fundado na soberania popular e no pluralismo político (art. 2º); 2º) Declara que a soberania *reside* no povo (art. 3º, nº 1º) e que o poder *pertence* ao povo (art. 108º) [...]”

¹⁶ Sobre o chamado “problema da modalidade de designação dos membros da jurisdição constitucional suprema” e de quanto a matéria é decisiva em termos de fixação da legitimidade do órgão, *vide* Novais (2012, p. 213 et seq.).

jurídicas com efeitos vinculantes, se prestem para apontar a necessidade de sua existência e efetivação prática, continua sendo tarefa difícil explicar a legitimidade da atuação forte daquelas garantias contra a vontade das maiorias eleitas para legislar.

É possível, é claro, buscar fundamento de legitimação da atuação dos juízes constitucionais na própria origem da Constituição, que é elaborada, afinal, também por um legislador constituinte. Mas quando se percebe que as normas de garantia constitucional normalmente possuem um conteúdo vago e amplo que necessita de forte ação interpretativa pelos juízes, nota-se como o problema da legitimidade pouco se resolve com base nesse argumento.

Nestes termos é que se pode falar de uma tensão entre direitos fundamentais (ou constitucionalismo) e princípio democrático, como consequência da institucionalização daqueles direitos, e que se põe a discussão sobre a legitimidade e a necessidade de uma Justiça Constitucional, bem como nasce a discussão também acerca da necessidade de seu controle adequado.

5 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: NECESSIDADE DE SUA EXISTÊNCIA E CONTROLE

Como se pode perceber do exposto, principalmente do referido quanto à contraposição entre garantias contramajoritárias¹⁷ e regras da maioria¹⁸, a existência de uma Justiça Constitucional *forte* (isto é, apta a atuar de modo efetivo na realidade até contra a lei) não é um dado inquestionável em democracias. Mesmo hoje, após todas as experiências históricas negativas, há forte questionamento sobre a necessidade e a possibilidade de que o Judiciário diga até onde pode ir o legislador¹⁹. Tanto é assim que na França sequer existe Tribunal Constitucional como tal²⁰.

Compreensível que assim seja também quando se considera que a Justiça Constitucional tenha assumido um papel de efetiva relevância somente no pós-guerra (inicialmente na Alemanha e na Itália²¹), à exceção da experiência

¹⁷ No sentido de direitos fundamentais, como normas constitucionalmente inscritas.

¹⁸ No sentido de normas ditadas pela formação das maiorias eventuais no Parlamento.

¹⁹ Vide o que já referido em nota anterior, com invocação da posição de JEREMY WALDRON, nos EUA.

²⁰ Na França, como decorrência de uma interpretação até hoje bastante rígida do princípio da separação dos poderes, em função de uma evolução dos institutos marcada pela origem revolucionária, mesmo hoje não há um Tribunal Constitucional Judicial, mas, sim, um órgão político especializado no controle preventivo de constitucionalidade das leis, o "Conseil Constitutionnel" – que surgiu em 1958 e somente em 1971 "passou a assumir-se também como garante dos direitos fundamentais" e resultou numa reforma constitucional, em 2008, que "instituiu pela primeira vez a fiscalização sucessiva de constitucionalidade no domínio da garantia dos direitos fundamentais contra actos legislativos" – mas ainda assim, "através da decisão de reenvio prejudicial para o *Conseil Constitutionnel* por parte dos tribunais supremos" (Conferir, NOVAIS, 2012, p. 204, nota 188).

²¹ Referimo-nos aqui ao "novo constitucionalismo da segunda metade do século XX" – nos termos do exposto por NOVAIS, 2012, p. 197 et seq. – e, no particular, à Constituição da Itália de 1947 e à Lei Fundamental alemã de 1949, que, aprovadas neste contexto do segundo pós-guerra, desde logo e muito especialmente, "manifestam uma preocupação com a defesa procedimental e

americana²², e que em países, como Portugal e Brasil, a sua efetiva atuação tenha se dado somente a partir do surgimento das últimas Constituições democráticas, respectivamente, em 1976 e 1988²³.

Todavia, não parece razoável supor que, para experiências como as do Brasil e de Portugal, se possa prescindir da existência de Cortes com atribuições constitucionais – e mesmo de juízes que estejam habilitados e autorizados a fazer juízos sobre inconstitucionalidades identificadas em casos concretos, deixando de aplicar normas violadoras dos direitos fundamentais ou da Constituição propriamente dita. Com efeito, principalmente no contexto de democracias jovens se revela normalmente o perigo de que situações de dificuldade gerem argumentos para a redução da força normativa da Constituição. E não raro isso ocorre inclusive de forma autorizada pelas maiorias, mediante a elaboração de leis que, ao final de tudo, simplesmente ignoram o que a Constituição estabelece ou as garantias corporificadas nos direitos fundamentais.

Nestas situações, as leis elaboradas podem ser violadoras de direitos fundamentais corporificados na Constituição. E nesses casos não haverá outro modo de se superar essas reduções ilegítimas de direitos fundamentais senão através da intervenção de uma Justiça Constitucional forte.

Basta pensar, por exemplo, no caso da Constituição Laboral, na situação, nada improvável, em que, o governo, apoiado pelo Legislativo e movido por uma intenção de superação de determinada crise econômica, atue atingindo frontalmente as previsões garantidoras de direitos fundamentais sociais de cunho trabalhista, mediante a elaboração de lei. É nesse ponto que, não só a garantia fundamental constitucional, mas também a possibilidade de sua efetiva atuação via judicial, mesmo nos níveis de prestação jurisdicional mais distanciados do Supremo Tribunal, mostrará o seu valor. E neste caso aqui

jurisdicional dos direitos e dão expressas indicações nesse sentido”, citando-se nesse ponto os artigos 24º e 113º da Constituição Italiana e o art. 19º, IV, da alemã, que acolheu “(...) a garantia de recurso jurisdicional contra qualquer lesões de direitos actuadas pelos poderes públicos” para a proteção individual (cf. op. cit., p. 218).

²² Que já tinha sua efetiva atuação através do modelo de fiscalização judicial denominado *Judicial Review*, bem como um desenvolvimento histórico, político e jurídico muito próprio deste modelo já desde 1803, a partir do célebre caso *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, pela primeira vez, deixou de aplicar uma lei ao argumento de que ela dispunha diversamente da Constituição. Para uma análise sumária de todos esses sistemas e de seu desenvolvimento histórico, conferir ensaio desta autora intitulado “Os Modelos Históricos de Justiça Constitucional”, elaborado durante a primeira fase do Mestrado, na disciplina de Justiça Constitucional, sob a regência do professor Doutor JORGE REIS NOVAIS.

²³ Conferir a respeito, por exemplo, NOVAIS, 2012, p. 141. Acerca da situação de Portugal, especificamente, veja-se o que diz Reis Novais sobre o ponto: “[...] se até 1976 a justiça constitucional estava nos ‘livros’, mas não existia de facto – e foi assim tanto sob a Constituição de 1911 quanto no regime de 1933 –, com a sua consagração na Constituição de 1976 ela irrompeu simultaneamente com enorme vigor na realidade constitucional”. Mudando o que deve ser mudado, esta assertiva é, em essência, compatível para descrever fenômeno ocorrido no Brasil, no referente ao período pré e pós Constituição Federal de 1988.

sugerido, evidenciar-se-á a necessidade de uma Justiça Laboral Constitucional atuante e próxima do cidadão.

A alternativa de não haver Justiça Constitucional provoca, pois, efeitos piores do que as importantes tensões institucionais já referidas, porque resultaria no esvaziamento do conteúdo protetivo da Constituição ou até mesmo crises capazes de pôr em risco a própria democracia. Isso parece suficiente para demonstrar que, mesmo que os membros da Justiça Constitucional, em sentido lato, não sejam eleitos pelo povo, extraem legitimidade da prestação de um serviço de interesse da democracia e que também devem atender aos anseios populares cristalizados pelo legislador constituinte.

Pode-se até mesmo discutir acerca do melhor modo de investidura dos membros das Cortes Constitucionais, se devem ser eleitos ou nomeados por outros poderes, ou se devem ser conduzidos ao cargo por reconhecida competência técnica. Entretanto, esse tipo de questão não chega a ser relevante a ponto de invalidar a importância da existência do papel dos tribunais, em sentido lato, com atuação constitucional, como já afirmada antes.

Há que se compreender, porém, que todo esse debate revela outro problema de grande importância, consistente na discussão de *como controlar (juridicamente) a atuação destes juizes dotados de competência constitucional*, no sentido de que suas intervenções se restrinjam a realizar este papel legítimo esperado e deferido pelo sistema democrático e pelo ordenamento jurídico vigente, mas, ao mesmo tempo, realizem-no da forma mais adequada e efetiva possível.

E assim deve ser justamente porque nem os tribunais podem dizer o que bem entendem acerca do que significa uma norma constitucional, alterando seu sentido sem limitações e se sobrepondo a vontade do legislador, nem o legislador pode se escudar no princípio da maioria para ignorar o conteúdo dos direitos fundamentais e vilipendiar, por exemplo, as garantias postas na Constituição Laboral.

Esse é o ponto-chave, então, para que se compreenda a necessidade da existência da justiça constitucional, em sentido amplo, em regimes democráticos e para que se revele a necessidade de melhor estudar sobre como se deve proceder para efetivar, na medida devida, os direitos fundamentais (incluídos aí os direitos fundamentais sociais trabalhistas) nos casos concretos que se põem à solução hoje na realidade brasileira.

6 TEORIAS SOBRE AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que a tensão entre o princípio contramajoritário e o princípio da maioria se resolva em favor da própria democracia, no final das contas, é preciso que todos os envolvidos com a criação e aplicação das leis e dos Direitos Fundamentais atuem de forma comprometida com as normas básicas que regem um Estado Democrático de Direito.

Isso significa que administrador, legislador e juiz devem atuar com autocontenção dentro de suas competências. Entretanto, quando não o fazem (e seguidamente não o fazem), esta sua atuação deve sofrer a devida correção por meio do instrumental técnico-jurídico previamente previsto para tanto, para que as “regras do jogo” em curso no âmbito deste Estado Democrático de Direito, sejam seguidas.

No caso da correta aplicação dos direitos fundamentais na prática, é que se põe a questão quase paradoxal (ou aparentemente contraditória, em uma primeira vista) da possibilidade de *restrição* a direitos fundamentais.

Como já se disse, há inúmeras situações em que se discute sobre os limites das garantias fundamentais e até mesmo quando elas devem ceder frente a um interesse ou bem jurídico maior. Nesse ponto é que entra a técnica jurídica, extraída do estudo doutrinário, para atuar como instrumento que garanta a adequada aplicação prática destas garantias.

Além disso, é o uso destas técnicas de análise jurídica dos casos concretos que permitirá verificar quando o governo, o parlamento ou o judiciário não agiu bem na criação ou aplicação da lei ou das garantias constitucionais.

As teorias e técnicas utilizadas pelos juristas nestas situações permitem, portanto, o controle público e crítico da atuação destes atores institucionais. Garantem, outrossim, que cada um vá somente até onde lhe é dado ir pelo ordenamento jurídico e impõem que, em caso de omissão, sejam obrigados a avançar até o ponto devido previsto neste mesmo ordenamento. Finalmente, permitem o ajustamento da tensão constitucionalismo-democracia e o bom funcionamento do sistema.

Por isso é que as teorias dos limites e restrições a Direitos Fundamentais têm que ter lugar especial no estudo destas garantias e da própria legitimidade da Justiça Constitucional – bem como, no que interessa diretamente este ensaio, também na jurisdição trabalhista.

É com base nessa noção que se passa a resumir estas teorias.

6.1 Teoria interna dos limites dos Direitos Fundamentais (ou teoria dos limites imanentes²⁴):

Afirma que os limites dos direitos fundamentais são imanentes a tais direitos, ou seja, que são dados pela própria extinção dos seus conteúdos. Um direito possui, logicamente, uma determinada substância, um determinado conteúdo, que, por sua vez, tem uma extensão limitada. Assim, para que sejam definidos os seus contornos, não é necessário que fatores externos restrinjam esses direitos. Basta que o jurista se debruce sobre ele e reconheça esses contornos, cujo reconhecimento é meramente declaratório. Ou seja, o intérprete somente constata o ponto em que o direito não mais existe²⁵.

²⁴ Para estudo mais profundo, conferir NOVAIS, 2010, p. 309 et seq.

²⁵ Diz Reis Novais: “Os limites não são elementos ‘externos’ legitimadores de intervenções ablativas no conteúdo dos direitos fundamentais [para esta teoria], mas sim concretizações da sua

A vantagem desta teoria reside na força lógica desta explicação. Afinal, é da natureza das coisas e dos conteúdos possuírem uma extensão limitada no espaço.

Além disso, a explicação é eficiente para resolver o problema de, em certas situações, poder o legislador dispor sobre uma matéria em contradição com o que o direito fundamental supostamente garantiria. É que, nessa hipótese, dizem os adeptos desta teoria, simplesmente o direito fundamental não teria se estendido a ponto de atingir aquela situação regulada pelo legislador ordinário. Logo, nenhuma contradição haveria no fato de ele dispor do tema de forma só aparentemente divergente do que posto na norma constitucional.

Por exemplo, se alguém alegasse que é possível um sacrifício humano como exercício de seu direito fundamental de liberdade religiosa não teria razão, simplesmente porque o conteúdo deste direito constitucional não alcançaria tal situação, sem necessidade de outras considerações. Assim, o legislador ordinário pode regravar esta hipótese imputando-a de criminosa, sem qualquer contradição com a garantia fundamental da liberdade religiosa referida.

A desvantagem desta teoria reside, porém, em ponto fundamental para a justiça constitucional: precisamente na impossibilidade de controle dos atos do legislador ordinário pelo judiciário. É que se tudo o que o legislador faz é só reconhecer um limite já existente do direito fundamental, com base na sua própria interpretação subjetiva, quando dispõe contrariamente a ele por meio de uma lei nova que elabora, torna-se difícil estabelecer critérios objetivos que identifiquem a correção desta interpretação.

Ora, se basta dizer que o limite do direito fundamental cessa em determinado ponto, tudo fica, e ficará sempre, nas mãos do legislador que, por sua vez, pode interpretar mais extensivamente, ou não, o direito fundamental, o seu conteúdo e alcance ou limites, segundo suas próprias conveniências. A garantia constitucional resta, pois, demasiado fragilizada²⁶, razão pela qual

substância jurídica, 'fronteiras', no seu âmbito de garantia constitucional, reveladas a partir 'de dentro' do direito, ou seja, 'limites imanentes' aos direitos fundamentais cuja eventual posituação, na qualidade de elementos negativos da sua previsão normativa, tem um carácter meramente declarativo. A legislação feita com base nas reservas não trataria, com efeito, de constituir limites, mas de interpretar ou revelar as 'fronteiras' do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais." (NOVAIS, 2010, p. 313-314).

²⁶ No que concerne a vantagens e desvantagens desta teoria, assim manifesta-se Reis Novais: "Nesse sentido, o problema das restrições aos direitos fundamentais é eliminado, à partida, mas apenas no plano da lógica formal: todo o direito fundamental tem um conteúdo constitucional pré-intencionado e determinado. As suas fronteiras podem não ser imediatamente visíveis ou perceptíveis, mas, uma vez elas reveladas, determinadas ou precisadas por ação do intérprete, do legislador ordinário ao juiz, então tudo se passa no domínio das normas dos direitos fundamentais como no de quaisquer outras regras constitucionais: o seu conteúdo só pode ser respeitado ou violado. Assim desaparece, também, o problema específico suscitado pelos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente sem quaisquer reservas. [...] Porém, as vantagens de coerência na fundamentação proporcionada por este modelo relativamente à teoria externa rapidamente se desvanecem nos inconvenientes que lhes vêm associados [...]. É que no modelo

deve-se buscar outro modo de compreender a possibilidade de interpretação restritiva dos direitos fundamentais.

6.2 Teoria externa dos limites dos Direitos Fundamentais²⁷:

É fato que a Constituição garante direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que muitas vezes dá a possibilidade ao legislador ordinário de introduzir limites a esses direitos. São as chamadas “reservas constitucionais”. Desta forma, esta teoria entende que os direitos fundamentais têm um conteúdo que acaba sendo restringido pela via externa, pelo próprio legislador ordinário a tanto autorizado originalmente pela Constituição. E a restrição assim estabelecida é aceita como legítima.

A dificuldade desta teoria é que nem sempre as “reservas constitucionais” estão explícitas na Constituição. Com efeito, situações há em que a garantia constitucional deve manifestamente ceder espaço a outros bens, valores ou interesses jurídicos, mas que não encontram na Constituição qualquer autorização expressa para tanto.

Assim, procura-se construir para estas situações uma válvula de escape: invocam-se “reservas implícitas”, que poderiam ser retiradas do sistema constitucional como um todo e do contexto em que apura o caso, para dizer que aí haverá possibilidade de restrição indiretamente autorizada pela Constituição. Entretanto, mesmo isso parece resolver alguns casos concretos com muita dificuldade.

Fica muito claro que esta teoria é mais frágil do ponto de vista lógico do que a anterior, designadamente para sustentar todas as possibilidades de restrição de normas constitucionais, corporificadoras de direitos fundamentais, por normas outras, que se verificam na infinita plêiade dos casos concretos.

Em contrapartida, a vantagem desta teoria é que passa a permitir o controle pelo Judiciário das hipóteses restritivas dos direitos fundamentais.

da teoria interna, por um lado, a necessidade de controlo não desaparece, mas apenas se desloca. De facto, enquanto que para a teoria externa se tratava de apurar a legitimidade ou ilegitimidade de uma restrição, também agora não se dispensa a verificação que permita qualificar uma dada prática como constituindo exercício de direito fundamental ou sua mera aparência e permita qualificar uma actuação dos poderes constituídos como concretização/delimitação de um direito fundamental ou como violação desse conteúdo. [...]” (NOVAIS, 2010, p. 318-319). Porém, o alto preço das desvantagens desta teoria melhor ainda se revela na seguinte passagem: “O défice relativo de racionalidade de fundamentação implicado na teoria interna provém dessa facilidade objectiva com que a afirmação da prevalência, eventualmente legítima e constitucionalmente justificada, de um interesse, valor ou princípio sobre outro é susceptível de, coberta por uma retórica argumentativa reduzida à invocação de limites imanentes, se apresentar como revelação, aparentemente anódina, do Direito. Como diz BOROWSKI, a teoria interna não pressupõe necessariamente o recurso a fundamentações manipuladas, mas deixa-se facilmente abusar nesse sentido. Compreende-se, assim, a relativa facilidade com que os Estados autoritários de não-Direito recuperam os pressupostos tendencialmente não-individualistas da teoria interna na adopção de uma concepção funcionalizante dos direitos fundamentais que aniquila radicalmente a sua defesa contra actuações do Estado.” (op. cit., p. 320).

²⁷ Para maiores detalhes, conferir NOVAIS, 2010, p. 292 et seq.

Nos casos das reservas constitucionais expressas é muito fácil verificar se o legislador agiu sem autorização ou com excesso e, em consequência, ter por inconstitucional a norma que editou, se for o caso de abuso. Além disso, mesmo nos casos de reserva constitucional implícita, é possível que o Judiciário tenha mais elementos de controle para examinar eventuais excessos ou omissões do legislador do que no caso da primeira teoria referida.

Desta forma, esta teoria se constitui um avanço em relação à anterior em termos de controle de constitucionalidade pela Justiça Constitucional e de melhor funcionamento de tal sistema nos Estados Democráticos de Direito²⁸, sem que, como se viu, toda a problemática sob análise tenha sido ainda resolvida a contento.

6.3 Teoria dos Direitos Fundamentais como princípios²⁹:

Esta teoria, de forma diversa das anteriores, parte para a distinção de duas espécies de normas constitucionais, como forma de tratar a temática dos limites e restrições dos Direitos Fundamentais. Não discute a extensão do conteúdo de tais direitos, mas opta por classificar as normas em “regras” e “princípios”, construindo uma distinção que tem consequências diferentes no momento da eventual necessidade de limitação dos Direitos Fundamentais.³⁰

O autor desta teoria, Robert Alexy, baseou-se na mesma distinção feita por Ronald Dworkin, na qual as “regras” são espécies de normas que se aplicam em termos de um “tudo ou nada” (isto é, em termos de validade ou invalidade),

²⁸ É lição de Reis Novais relativamente a este tópico: “Desta concepção decorre, por outro lado, uma distinção entre limites dos direitos fundamentais (ou seja, as fronteiras reveladas ou colocadas ao originário âmbito de protecção de um direito fundamental através da própria Constituição ou através do legislador ordinário que actue fundado nas chamadas cláusulas de reserva) e intervenções nos direitos fundamentais (ou seja, as medidas através das quais os poderes constituídos – a Administração, mas também o próprio legislador ou o judicial – intervêm ablativamente no âmbito de protecção do direito fundamental. Com base no preenchimento ou não dos requisitos constitucionais, assim a intervenção é legítima ou ilegítima, consoante está ou não constitucionalmente justificada pelos limites dos direitos fundamentais e preenche ou não os requisitos formais e substanciais exigíveis. A tónica do modelo desloca-se, então, das distinções conceptuais para as exigências de controlo da conformidade constitucional das intervenções estatais na liberdade. O ‘pensamento de intervenção e limites’ é, afinal, mais que modelo teórico, um modelo essencialmente garantístico orientado para o controlo que, desencadeado pela presença de uma intervenção estatal no âmbito da protecção de um direito fundamental, se destina a verificar se tal intervenção tem justificação constitucional, ou seja, se está coberta pelos limites dos direitos fundamentais e se preenche os requisitos constitucionais exigidos.” (NOVAIS, 2010, p. 300).

²⁹ Para aprofundamentos, conferir NOVAIS, 2010, p. 322 et seq.

³⁰ Reis Novais melhor explicita essas considerações da seguinte forma: “Esse modelo, se bem que podendo chegar, em termos práticos, a conclusões igualmente fundamentáveis segundo os modelos anteriores, coloca-se numa perspectiva qualitativamente distinta, ou seja, ao invés de elaborar sobre a natureza dos limites ou restrições aos direitos fundamentais, faz decorrer a sua concepção de limites de uma elaboração sobre a natureza dos próprios direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, das normas de direitos fundamentais. Partindo de uma distinção capital entre normas/*princípio* e normas/*regra*, chega a uma diferenciação da natureza dos correspondentes direitos – com uma decisiva e consequente projecção no domínio da sua eventual limitação – em direitos de *prima facie* e direitos *definitivos*, consoante eles assentem, respectivamente, em normas que são *princípios* ou normas que são *regras*.” (NOVAIS, 2010, p. 322).

e que os direitos fundamentais operam de forma diversa, por serem tidos como “princípios”³¹.

De uma maneira bastante superficial, porque neste espaço é impossível aprofundar o tema e a complexa teoria de forma mais detida, tem-se que, segundo esta teoria, todos os direitos fundamentais (porque princípios) são garantidos “prima facie” na vida jurídica, ou seja, devem ser otimizados e realizados na maior extensão possível. Mas a inclusão de todas as situações sob a guarda de princípios fundamentais resulta, inexoravelmente, na colisão destes princípios entre si, ou com outros valores de importante significado, nas situações em concreto, que será resolvida, de forma definitiva, por meio da “ponderação” dos princípios ou bens e interesses em choque. Nesta ponderação, não haverá uma aplicação da regra do “tudo ou nada”. Vale dizer, a norma constitucional a ser restringida não é inválida ou ilegítima. Ela apenas não se aplicará na extensão máxima para aquele caso. Ela tem seu conteúdo reduzido ao que for necessário e possível para o caso, mas permanece no sistema, não sendo dele retirada como ocorreria no caso de regra inconstitucional³².

A vantagem desta teoria é que ela amplia o universo de atuação das garantias fundamentais, tendo o potencial de permitir a restrição ou limitação dos Direitos Fundamentais de forma muito mais cautelosa e adequada, segundo o exame dos casos concretos. Também justifica com mais naturalidade a possibilidade de restrições de garantias constitucionais. É também um instrumento relevante de construção de possibilidades de melhor controle das restrições acaso seja utilizada de forma tecnicamente adequada, com a invocação, por exemplo, do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (que engloba juízos de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito), o que permite manejar os instrumentos da proibição do excesso e da atuação deficiente.

A deficiência desta teoria, porém, é que a ponderação utilizada de forma muito ampla, ou sem o devido rigor técnico, acaba por conceder ao juiz

³¹ Diz Reis Novais que “esta nova construção foi globalmente desenvolvida na década de 80 por Alexy, em termos do que designou por uma concepção das normas de direitos fundamentais enquanto ‘modelo combinado de regras e princípios’, por sua vez inspirada no pensamento de Dworkin e nas suas distinções entre ‘rules’ e ‘principles’ aplicadas agora, à teoria dos direitos fundamentais. A discussão sobre a natureza dos princípios enquanto tipo particular de normas jurídicas não era nova, nem tampouco a distinção lógica entre ‘regras’ e ‘princípios’; tal como não era inédita a crítica às teorias tradicionais de limites aos direitos fundamentais, até, a caracterização, eventualmente com diferente terminologia das normas de direitos fundamentais como princípios. O que há de novo em Alexy é a forma como faz assentar a sua teoria jurídica geral dos direitos fundamentais naquela distinção lógica e rigorosamente elaborada e sistematicamente aplicada, traduzindo, com isso, relevantes consequências dogmáticas no domínio da teoria dos limites aos direitos fundamentais.” (NOVAIS, 2010, p. 322-323).

³² Para o fim de se obter uma descrição sumária mais consistente desta teoria, com escopo de obter-se ao menos uma introdução a esta complexa doutrina que complementa estas informações iniciais, conferir obra de Paulo Gilberto Cogo Leivas, denominada *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*.

possibilidades muito grandes de subjetivismo e até mesmo de verdadeiro arbítrio, o que torna difícil o controle crítico destas decisões.

6.4 Direitos como trunfos e reserva geral imanente de ponderação³³:

Como há deficiências para uma adequada restrição de Direitos Fundamentais identificadas nas teorias examinadas, faz-se necessário tentar reconstruir alguns instrumentos de controle destas limitações de forma mais eficiente a partir destes mesmos elementos, o que se faz segundo as ideias apresentadas pelo Professor Jorge Reis Novais ao defender a tese de que os direitos fundamentais sejam [a] tomados como “trunfos contra a maioria” e, ao mesmo tempo, [b] dotados de uma “reserva geral imanente de ponderação”.

Uma maneira inicial de se compreender o problema é identificar de forma clara que não há direitos fundamentais absolutos ou ilimitados, por mais que eles detenham a importante e crucial função de pôr certos limites e freios à atividade legislativa da maioria, resguardando, a princípio, determinados valores e posições fundamentais – como, de resto, já se expôs desde o início.

Isso permite concluir e assumir desde logo, então, que sempre será necessário o exercício de ponderação (ainda que ela deva ser restringida tecnicamente na maior extensão e da melhor forma possível) quando estiver em jogo a aplicação de princípios constitucionais, independentemente de construções acerca da possibilidade de restrições não explicitamente autorizadas constitucionalmente (como acaba tendo de fazer a teoria externa).

Vale dizer que, por meio desta teoria, propõe-se a assunção da noção de que todos os direitos fundamentais são, sim, passíveis de restrição justificada, sob certas condições muito peculiares e especiais, a serem identificadas nos casos concretos, segundo uma certa técnica-jurídica, o que representa um ganho para a formação de um padrão mais objetivo de apreciação das restrições.

Nesse sentido, é importante o esclarecimento de Reis Novais acerca deste ponto:

Os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de protecção jurídica (NOVAIS, 2012, p. 71).

Some-se a isto, para completar a teoria, a ideia retirada dos estudos de Ronald Dworkin de que os Direitos Fundamentais devem ser encarados como

³³ Para uma adequada compreensão desta teoria, complementarmente, conferir as obras de Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria e Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*.

“trunfos contra a maioria”, no sentido de que funcionem como um trunfo em um jogo de cartas, em que este bate mesmo as cartas de maior valor em determinadas situações, mas que, em outras, poderá ter de ceder, desde que haja reais e justificadas razões para tanto (NOVAIS, 2012, p. 37).

Nesse ponto, novamente a lição de Reis Novais, esclarecendo a metáfora dos trunfos:

A metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin, significando que as posições jurídicas individuais assentes no direito moral a igual consideração e respeito, que o Estado deve reconhecer a cada indivíduo, funcionam como ‘trunfos’ contra preferências externas, designadamente contra pressões estatais em impor ao indivíduo restrições da sua livre autodeterminação em nome de concepções de vida alheias e que, por razões utilitárias ou por beneficiarem de um apoio maioritário, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.

A assunção desta segunda premissa para o exame das restrições, ajuda a estabelecer também um outro critério objetivo de aferição da legitimidade da restrição eventualmente imponível num determinado caso concreto, já que estatui abertamente a regra de que os princípios possuem por natureza esta forma diferenciada e mais flexível, mas, ao mesmo tempo, impede a desconsideração ou menosprezo de direitos e garantias fundamentais, mediante sua parcial ou integral restrição, por motivos meramente políticos ou apenas vaga e questionavelmente justificados.

Nesse sentido, diz Reis Novais que a metáfora dos trunfos explora “o sentido da indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do Estado e da maioria governamental” de uma forma bastante adequada e particular, quando faz compreender que tais direitos são “susceptíveis de serem batidos por razões de princípio, mas [são, ao mesmo tempo] imunes contra restrições justificadas em fins políticos de prossecução do bem comum” (NOVAIS, 2012, p. 43).

Assim, o necessário recurso inicial à ponderação de bens, que sempre pode ameaçar o “esvaziamento dos direitos fundamentais e conduz[ir] o Direito Constitucional à irrelevância”, devido à possibilidade de se resvalar para o “decisionismo judicial³⁴” pelo seu uso indiscriminado ou inconsequente, acaba sendo complementado positivamente pelo limite dado por este sentido da metáfora dos trunfos³⁵, que acaba servido de freio a este “mal-necessário” da dita metodologia ponderativa.

³⁴ Alerta Reis Novais, acerca da utilização da ponderação e do risco de decisionismo judicial daí derivado, que “o juiz que coloca toda a carga da fundamentação na ponderação de bens oscila erráticamente entre a condescendência relativamente às opções do legislador e a imposição da sua própria visão e mundividências particulares” (2012, p. 73). E isso, segundo o mesmo autor noutra passagem, leva ao “perigo de uma erosão da efectividade dos direitos fundamentais nas mãos do ‘Estado ponderador’” (op. cit., p. 67).

³⁵ Conferir NOVAIS, 2012, p. 73.

De qualquer sorte, só esta preocupação tendente à construção de meios teóricos para conter possíveis excessos da ponderação já revelam que esta teoria situa-se, possivelmente, num diferenciado patamar de compromisso com a busca por decisões judiciais mais objetivas do ponto de vista técnico-jurídico, e, pois, compartilháveis criticamente com a comunidade jurídica.

Para além disso, há de se considerar que também quando se examina a questão dos chamados “limites aos limites dos direitos fundamentais”, esta teoria parece se sobressair neste mesmo quesito da preocupação com a redução do subjetivismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais.

É que tradicionalmente estuda-se no tema da efetivação dos direitos fundamentais a necessidade de que existam procedimentos e métodos de controle das necessárias restrições dos direitos fundamentais. Desta forma, assegura-se que a restrição aos ditos direitos se dê somente na estrita medida necessária, já que esta metodologia tem por fim impor um novo limite técnico-jurídico à ação do intérprete e aplicador da norma, agora no sentido de impedir demasiada ou excessiva restrição.

E nesse ponto, o recurso à “proibição do excesso” como instrumento jurídico de controle da ponderação reforça o diferenciado nível de comprometimento com a mais adequada, objetiva e efetiva realização dos direitos fundamentais.

7 BREVES CONCLUSÕES

Com esta sumária análise das teorias sobre as restrições dos direitos fundamentais encerra-se a presente exposição sobre o complexo e atual tema da legitimidade da Justiça Constitucional e dos Direitos Fundamentais no contexto de Estados de Direito democráticos, que, nessa primeira aproximação, teve também a pretensão de sugerir a importância do tema para o estudo do Direito do Trabalho.

Nesta altura, mesmo ante a evidente necessidade de aprofundamento de muitos pontos importantes relativos a esta discussão, pode-se já extrair algumas considerações conclusivas.

Em primeiro lugar, é possível concluir que, embora sempre passível de questionamentos, a atuação da Justiça Constitucional em democracias faz-se essencial à efetivação dos direitos fundamentais, ao menos em contextos de democracias de Estados como o brasileiro.

Mais, a efetivação de tais direitos por meio da Justiça Constitucional é a forma última de garantir também a realização prática e quotidiana de verdadeiras conquistas civilizatórias da humanidade.

Presta-se, pois, o constitucionalismo contemporâneo a realizar a democracia de uma forma mais completa e num patamar de proteção aos direitos dos homens superior àquele proporcionado pela simples aplicação do (também fundamental) princípio da maioria.

Entretanto, para que isso ocorra de forma adequada e legítima, sem arbitrariedades ou excessos, é imprescindível a compatibilização pela Justiça

Constitucional das eventuais diferenças existentes entre as leis e a Constituição, não só através das regras de competência e de aplicação do direito, mas através de procedimentos de interpretação e aprofundamentos teóricos comprometidos com a obtenção de decisões racionais, públicas e compartilháveis nesta área.

Em segundo lugar, é possível concluir também que este estudo diz respeito diretamente também à atuação contemporânea da Justiça do Trabalho e a questões que diariamente ocupam os operadores do direito laboral.

Com efeito, se a justiça constitucional também se realiza pela atuação do juiz do trabalho, podendo-se falar, em nosso entender, da prestação de uma justiça constitucional laboral; se na nossa Constituição Federal é possível encontrar um conjunto de normas que corporifica uma verdadeira “Constituição Laboral”, tal como se entende ocorrer em Portugal; e, finalmente, se muitas demandas que hoje tramitam por nossos foros trabalhistas envolvem a discussão sobre a interpretação e aplicação de direitos fundamentais sociais de índole marcadamente trabalhista, certo é que as discussões esboçadas neste texto têm importância também para a jurisdição trabalhista.

Disso se extrai mais uma e final consideração conclusiva: a atuação do juiz trabalhista, sob a Constituição Federal de 1988 e ante as peculiaridades e pressões da contemporaneidade³⁶, aponta para este diferenciado papel dos operadores do direito do trabalho no campo da justiça e do direito constitucional.

Portanto, parece relevante enfrentar esta problemática a partir de bases próprias, com vistas à sua devida apropriação e especificação.

Mas é fundamental também que estas discussões recebam a posterior contribuição que a doutrina e a jurisprudência trabalhista podem e devem dar a partir da singular realidade com que lidam.

E tudo isso para que, ao final, se possa construir conjuntamente um modo de atuação jurisdicional cada vez mais seguro e útil ao constitucionalismo na democracia neste campo jurídico em particular, como meio de se concretizar os direitos fundamentais sociais laborais da forma mais adequada e legítima possível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Livraria dos Advogados, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

³⁶ Pressões, por exemplo, decorrentes de “flexibilização” de direitos fundamentais sociais trabalhistas ou de interpretações que acabam gerando o “esvaziamento” do conteúdo desses direitos, justificadas, v.g., em função de crises econômicas que ciclicamente tornam a ocorrer.

- CANOTILHO, J. J. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 (edição eletrônica).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. A Constituição Laboral ou do Trabalho. In: MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e os Direitos dos Trabalhadores. In: CLÉVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2. ed., rev., actual. e ampl.. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010. Tomo 1.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Tomo 2: Constituição.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed., Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012. Tomo 4: Direitos Fundamentais.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 7: Estrutura Constitucional da Democracia.
- MIRANDA, Jorge. Os Direitos dos Trabalhadores na Constituição Portuguesa. In: *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer Portugal, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer Portugal, 2010.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.