

# Lei e direitos fundamentais – diálogo normativo

*João José Custódio da Silveira*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introito; 1.1. Diálogo normativo; 2. Notas fundamentais; 2.1. Proposta conceitual; 3. A lei no âmbito da fundamentalidade; 3.1. Conformação e restrição; 3.2. Inovação e ampliação; 4. Diálogos normativos: algumas reflexões; 4.1. Leis restritivas e Constituição; 4.2. Leis conformadoras e Constituição; 4.3. Leis ampliativas/inovadoras e Constituição; 4.3.1. Leis criativas ou ampliativas sucedidas de restritivas; 5. Considerações finais.

## 1. Introito

Divisado o grande salto no desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais a partir de 1776 com o Virginia Bill of Rights, secundado com equivalente importância pela Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, de 1789, verificou-se natural tendência à sua “positivação” em diplomas constitucionais. Entretanto, na impossibilidade de objetivação exauriente dessa (dinâmica) categoria de direitos, bem como em razão das mais variadas nuances de alcances e limites a ela inerentes, referida “constitucionalização” evoluiu em parceria com o expediente de delegação de competência normativa auxiliar ao legislador infraconstitucional.

Segue daí o intuito de refletir acerca do diálogo direto que ocorre entre Constituição e Lei enquanto regentes de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Com efeito, para além das disposições constitucionais que delimitam taxativamente o espectro de incidência de

---

<sup>1</sup> Magistrado em São Paulo, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura.

determinados direitos, a Lei também possui atribuição para lidar com a fundamentalidade por meio de atuação complementar ou restritiva, sem olvidar até mesmo de seu potencial ampliativo e inovador. Resta acurar quando procede ou não de forma harmônica com a Constituição (formal ou material)<sup>2</sup>, bem assim os reflexos de eventual desarmonia.

Advirta-se, desde logo, que referido teste de constitucionalidade de pode não se contentar unicamente com as soluções herméticas da doutrina positivista.<sup>3</sup> Será preciso refletir, antes de concluir sem mais reservas, sobre, por exemplo, qual seria a prevalência no confronto entre Lei que expanda determinado direito fundamental e dispositivo constitucional que, em princípio, possa ser interpretado de maneira contrária a tal ampliação.

Ainda outro aceno preliminar. Conquanto passando ao largo da exposição ontológica sobre os direitos fundamentais – ainda que confessada sua investigação –, tão cara às searas filosófica e sociológica do estudo das liberdades,<sup>4</sup> o desenrolar destas linhas estará orientado de maneira mais rente à percepção dogmático-positiva do tema.<sup>5</sup> Ou seja, o foco será ajustado através das duas principais lentes normativas dos direitos fundamentais, Lei e Constituição, com o fito de observar a imagem refletida a partir de cada uma delas e, sobretudo, o resultado de sua sobreposição, de modo a detectar distorções que denunciem qualquer falha integrativa.

<sup>2</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Tomo IV – Direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 09-10. A distinção entre Constituição Formal e Material é de suma importância, nomeadamente a fim de problematizar a análise que se fará posteriormente sobre a viabilidade ou não de atuação do legislador ordinário na regulamentação de direito fundamental sem reconhecimento expresso na Carta.

<sup>3</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 157.

<sup>4</sup> Em especial: a) o potencial nocivo da lei na restrição das liberdades por conta de opiniões majoritárias, por MILL, John Stuart, *Sobre a liberdade*, 2. ed., tradução de Alberto da Rocha Barros, Petrópolis: Vozes, 1991, p. 126; b) a segurança do cidadão mediante a certeza conferida pela garantia legal da liberdade, por HUMBOLDT, Wilhelm von, *Escritos políticos*, tradução de Wenceslao Roces, Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 137; c) liberdade sob o prisma das leis e obrigações morais, por KANT, Immanuel, *Lecciones de ética*, tradução de Roberto R. Aramayo y Concha R. Panadero, Barcelona: Critica, 1988, p. 68-69.

<sup>5</sup> A métrica analítica do texto é fiel à seara do constitucionalismo positivado, mas permite em rodapé um aceno de interesse para o sistema inglês e sua ideia da prescindibilidade de um catálogo dos direitos fundamentais, forte na crença sobre uma interação sadia entre Executivo e Parlamento, vivificada por um Judiciário independente, como forma de melhor reger e defender os interesses individuais e sociais. “The British – so it seemed to our Victorian ancestors – had no need for written constitutions and fundamental rights” (Cf. JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing Constitution*. Oxford: University Press, 2004. p. 65-65.).

## 1.1. Diálogo normativo

Como já se fez perceptível, a opção por uma abordagem mais tímida dos alicerces estruturantes dos direitos fundamentais, com recorte unicamente voltado às fontes normativas, tem razão de ser à vista das limitações naturais deste ensaio. Não se está a diminuir a importância do conhecimento sobre suas fontes primárias, existencialistas, que pesquisam a essência dos direitos para além de seu encarte no ordenamento jurídico positivo. Porém, partindo de um berço tão vasto, seria inevitável derivar para outros dilemas com potencial de escapar à proposta desta exposição.

Ainda assim, permite-se um aparte para afirmar que o trato de direitos universalmente reconhecidos sugere inelutável aproximação com a ideia do justo,<sup>6</sup> cujo passar dos tempos nutre os povos de vivências capazes de aclarar sua compreensão e propiciar a formatação de normas de conduta imprescindíveis ao bem-estar individual e comum.<sup>7</sup>

E a reflexão jurídica que confere os contornos a um direito fundamental, em regra, culmina em sua positivação no texto constitucional à guisa de outorgar-lhe autoridade perante o legislador ordinário, ainda que muita vez a este seja conferida a tarefa de esculpir as feições finais daquele direito, complementando-o, conformando-o ou estabelecendo restrições. Quando isso ocorre, é imprescindível que se verifique um diálogo saudável entre Lei e Constituição de molde a fazer respeitar a essência do direito fundamental que se pretendeu positivar.<sup>8</sup> E a interação normativa desejada é aquela que institui parcimônia na atuação do legislador infraconstitucional, a vedar, por exemplo, restrições que

<sup>6</sup> Não se pretende aqui singela irmanação às teorias escolásticas do direito natural, tampouco àquelas críticas ao positivismo herdado de Austin, com restrição do Direito ao "ramo" da moral ou da justiça (Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 12.). Porém, não é dado recusar a tradição reflexiva ocidental sobre a justiça, muita vez matizada pelos fundamentos espiritual e epistemológico do pensamento contemporâneo; de fato, a essência do justo só pode ser aquilatada em função de seus limites, que "não se apresentam como fronteira metafísica, mas como delimitação do direito válido" (HOMEM, António Pedro Barbas. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da FDUL, 2001. p. 10 e 14).

<sup>7</sup> Algo diverso, portanto, de investigações preliminares acerca de sua origem metafísica, destilada a partir de "direitos anteriores à própria sociedade, derivados dum supposto estado natural" (SOUZA, José Ferreira Marnoco e. *Constituição política da República Portuguesa* : commentario. Coimbra: F. França Amado Editor, 1913. p. 37).

<sup>8</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 195-196.

tolham o núcleo essencial do direito fundamental<sup>9</sup> ou conformações que digam aquém/além dos limites imaginados por ocasião de seu reconhecimento.

Do mesmo modo, pode suceder que a maior densidade da Constituição no ordenamento jurídico – a conferir-lhe mais solidez, porém à custa de alguma lentidão no acompanhamento das transformações sociais – instigue o legislador infraconstitucional a salvaguardar algum direito não previsto formalmente na Carta, mas cujo perfil se coaduna com os valores e princípios fundamentais nela inscritos.<sup>10</sup> Será preciso, pois, implementar o teste de resistência entre um novel direito supostamente contaminado de jusfundamentalidade e as demais disposições constitucionais que tenham com ele algum ponto de interseção, outra faceta do referido diálogo normativo.

Ainda mais. É factível que a própria dimensão de um direito fundamental, da forma como reconhecida originariamente pela Constituição, veja-se oprimida diante das vivências hauridas em épocas posteriores. À vista do salutar processo de maturação que deve permear qualquer revisão constitucional, a pena mais ágil do legislador ordinário pode ser utilizada no elastério do direito fundamental. Mesmo aí, será preciso cuidado para evitar dissintonia entre Lei e Constituição, de modo a impedir, por exemplo, que a expansão de um direito comprometa a viabilidade do exercício de outros coessenciais.

Em todas as hipóteses citadas, o que mais importa é a qualidade do diálogo, da interação entre Lei e Constituição quando normatizam direitos fundamentais. E sobre tais bases é que será desenvolvida a ponderação sobre a permissividade da Lei não apenas para conformar ou restringir direitos fundamentais, mas também expandi-los ou até edificá-los, tudo sem prejuízo de tributar o devido respeito e de maneira alguma subverter os princípios elementares que balizam a Constituição.

<sup>9</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. 'Inviolabilidade do domicílio', in separata de *Jurisprudência Crítica*. Coimbra: 1974, p. 400.

<sup>10</sup> Cita-se a reserva de posicionamento contrário por José Bacelar Gouveia, que defende a pertença à Constituição formal como elemento essencial e constitutivo dos direitos fundamentais (Cf. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 41 e 116-117.), e de quem, com a devida vênia, discordar-se-á oportunamente.

## 2. Notas fundamentais

Consoante asseverado, não se verterá para aspectos filosóficos ou sociológicos relacionados ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, restringindo-se sua percepção à realidade normativo-dogmática. Ainda assim, um breve relance evolutivo e conceitual é válido a pavimentar o caminho que será trilhado no porvir, até para tornar claro e assumido o viés teórico adotado neste ensaio como premissa na abordagem dos direitos fundamentais.<sup>11</sup> Já clarificados no introito os horizontes e o escopo deste ensaio, serão eleitas apenas algumas vistas d’olhos sobre os passos sequenciais dogmáticos e conceituais mais relevantes ao desenvolvimento posterior da temática centrada na atuação da Lei em sede de direitos fundamentais.

Pois bem. Conquanto indissociáveis as noções de direitos fundamentais e Estado, revela-se impróprio contextualizá-los sob a ótica da liberdade à moda antiga – medida consoante o grau de participação do indivíduo no poder –, sendo de melhor rigor teórico concebê-los a partir da liberdade à moderna – nível de respeito à individualidade perante o poder.<sup>12</sup> Com efeito, não se encontram na Antiguidade senão raros lampejos do que viria a cristalizar-se como “direitos fundamentais” na Modernidade. A tomar em conta: a) a profunda limitação a direitos privados no Estado Antigo Oriental; b) a desvalia do indivíduo perante o Estado Helênico, que o incitava à participação na elaboração de leis fundamentais que, ao fim e ao cabo, impunham-lhe severa limitação da liberdade; c) a admissão no Estado Romano de uma personalidade individual independente do Estado apenas sob o enfoque do cidadão, sem reconhecer a personalidade ao homem como tal;<sup>13</sup> costuma-se afirmar que os antigos não conheciam a liberdade individual.<sup>14</sup>

Também não há como extrair o reconhecimento de direitos fundamentais propriamente ditos da Idade Média. Da inicial involução na

<sup>11</sup> Diga-se logo: direitos fundamentais sob a perspectiva formal e material (Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 10-11.), não encerrados pela positivação constitucional (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 498).

<sup>12</sup> Cf. CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985.

<sup>13</sup> JELLINEK, Giorgio. *Teoria general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Mexico, DF: FCE, 2000. p. 283 e segs.

<sup>14</sup> Cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

bipartição romana entre o *jus singulorum* e o *jus populi* – que já sinalizara fragilização com o cristalizar do direito público na organização administrativa de um sistema político absolutista e subsequente falência do Império, vitimado pela decadência econômica, dissolução moral e decomposição social – os alemães, por exemplo, entraram e permaneceram na história com secular desconhecimento acerca da oposição entre direito público e privado, impossibilitando qualquer desenvolvimento da noção de direitos fundamentais.<sup>15</sup> A verdade é que direitos “individuais” na filosofia medieval, ora entendidos como autônias, ora privilégios, entrelaçavam-se numa sociedade essencialmente dividida e hierarquizada, conferindo-lhe uma natureza jurídica e política a ser auscultada no estatuto jurídico regente de cada grupo de indivíduos.<sup>16</sup>

A consagração efetiva dos direitos fundamentais passou a tomar forma nos Estados Unidos da América em 1776 com o Bill of Rights da Virgínia, que influenciou declarações de direitos disseminadas por outros Estados norte-americanos – destaque para a Declaração de Direitos da Pensilvânia. O diploma cimentou ainda os alicerces da Constituição Federal de 1791, sobre os quais se desenvolveu o primado da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade, passo crucial para cristalizar a força normativa dos direitos fundamentais. No paralelo europeu, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 desfruta o status de marco histórico para os direitos fundamentais, secundada pelas constituições Francesa (1815) e Belga (1831).<sup>17</sup>

Importante notar que nessa germinação constitucional dos direitos fundamentais resplandeciam, essencialmente, as chamadas liberdades negativas, circundando o cidadão como a protegê-lo de investidas estatais em suas esferas de autonomia pessoal.<sup>18,19</sup> Em uma quadra

<sup>15</sup> Cf. GIERKE, Otton. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. N. Palencia. Madrid: Sociedad Editorail Española, 1904. p. 17-18.

<sup>16</sup> Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal – sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1993. p. 43.

<sup>17</sup> Cf. PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-34.

<sup>18</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 66.

<sup>19</sup> Tanto por isso que, algumas vezes, promove-se o enquadramento dos direitos fundamentais em *gerações*: liberdades e garantias individuais integrantes da *primeira*, direitos sociais na *segunda* e os de solidariedade ou fraternidade na *terceira*, além de vaticinar outros que se acomodariam em uma futura *quarta geração* (Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 397-398.).

seguinte, mais precisamente no primeiro pós-guerra, alguns direitos sociais são integrados à categoria dos fundamentais em muitas Cartas, embora dotados de uma áurea meramente programática – tal quadro só viria a ser alterado a partir do segundo pós-guerra, ocasião em que os direitos constitucionalmente assegurados passaram a ser vinculados de um caráter supremo, material e formal da Constituição.<sup>20,21</sup>

Num átimo, o percurso evolutivo que servirá de norte para um esboço conceitual dos direitos fundamentais e desenvolvimento das ideias referentes ao diálogo das fontes.

## 2.1. Proposta conceitual

Para além de pinçar variadas proposições doutrinárias a fim de elaborar conceitos didáticos,<sup>22</sup> ou caminhar pela extensa via das diferentes categorias de direitos fundamentais, a elucidação da proposta conceitual que servirá de guia no desenrolar da exposição principia por destacar formulações capazes de testar o argumento de como sua disciplina na Constituição pode suportar conformações, restrições ou alterações pela Lei, sempre de modo a orientar a reflexão sobre como devem harmonizar-se. Adota-se como pressuposto essencial a vivificação dos direitos fundamentais muito além de sua dimensão formal:<sup>23</sup> com transposição da exigência de expressa previsão no texto constitucional, haverão de ser admitidos em sua grandeza material. Convir que essa categoria de direitos pudesse estar encerrada em cada ordenamento, de acordo com as vontades do legislador constituinte da ocasião – a espelhar a conveniência do regime político reinante –, significaria aceitar a insuficiente ou nenhuma consagração de direitos tão elementares como a vida ou a liberdade de crença. Ao contrário, deve-se ter em conta que uma Constituição descompromissada com

<sup>20</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 69-71.

<sup>21</sup> Para maior aprofundamento na sucessão histórica dos direitos fundamentais, inclusive com apontamento do direito à paz como integrante da quinta geração (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. passim.).

<sup>22</sup> Inclusive as clássicas, que lhes negam a própria condição de direito, tratando-os como mera limitação aos direitos do Estado (Cf. SOUZA, José Ferreira Marnoco e. Op. cit., p. 34.).

<sup>23</sup> Derivação direta dos conceitos de Constituição Formal e Constituição Material, com o alerta de tratar-se, apenas, de diferentes planos de enfoque, eis que realidade e normatividade não devem ser separadas ou confundidas, havendo que se notar, isso, sim, seu paralelismo coordenado (Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.).

direitos universalmente reconhecidos é a face exposta de um problema, e não os direitos fundamentais em si.<sup>24</sup>

Não se descarta da importância em erigir positivamente alguns direitos à escala de fundamentalidade, no afã de condicionar expressamente o legislador a respeitá-los; mas isso é irrelevante para o significado intrínseco dos direitos fundamentais.<sup>25</sup> Diga-se mesmo que a constitucionalização de direitos, em muitos casos, não garante sua observância; claudicações estatais até podem ser contornadas pelo crivo judicial em democracias maduras,<sup>26</sup> mas estarão relegadas à expectativa de – longa – maturação política quando nem mesmo tal possibilidade for admitida pelo poder dominante.<sup>27</sup>

E se entre as inúmeras variantes conceituais que contornam o tema<sup>28,29</sup> possa considerar-se importante adotar uma referência doutrinária que mais coadune com a proposta deste trabalho, está eleita a que dimensiona como fundamentais os “direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas”, dispostos na Constituição formal ou inerentes à material.<sup>30,31</sup> Trata-se de definição precisa e objetiva desde a qual será

<sup>24</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 11-13.

<sup>25</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

<sup>26</sup> V.g. *United States Constitution*: art. 1º, section 9ª, clause 2: “The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”, norma cujo efetivo cumprimento teve de ser revigorado pela Suprema Corte a partir de *Rasus v. Bush*, dado seu desrespeito por posturas governamentais.

<sup>27</sup> Direitos “constitucionalizados”, mas de observância questionável: v.g. *China, 1982 (rev. 2004)*, art. 38; *Cuba, 1976 (rev. 2002)*, art. 53; *Irã, 1979 (rev. 1989)*, art. 22 (cf. disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>, acesso em: 7 dez. 2013).

<sup>28</sup> E aqui vale especial deferência à percepção dos direitos fundamentais em três dimensões, por José Carlos Vieira de Andrade: a) perspectiva filosófica ou jusnaturalista – direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares; b) universalista ou internacionalista – direitos de todos os homens ou categoria de homens, em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estadual ou constitucional – direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 13.).

<sup>29</sup> Acerca de uma concepção republicana dos direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, O círculo e a linha: da ‘liberdade dos antigos’ à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais, in: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, 2. ed. atual. e ampl., São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 178-190. E mais, a imagem dos direitos fundamentais como “trunfos” (DWORKIN) oponíveis ao poder público, blindando os titulares mesmo contra a vontade da maioria, em NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*, Coimbra: Coimbra, 2012, p. 15-16.

<sup>30</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 9.

<sup>31</sup> Com apontamento distintivo entre Constituição em sentido material e formal, cf. CAETANO, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional*, 6. ed., tomo I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 342-344.



perfilhado o diálogo normativo noticiado nas considerações iniciais, tampouco importando para a finalidade almejada categorizações outras, como, por exemplo, o apontamento distintivo entre as dimensões positiva e negativa<sup>32</sup>, os *status* diferenciados para cada categoria de direito<sup>33</sup> ou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais,<sup>34</sup> cuja prossecção transbordaria os objetivos desta exposição.

### 3. A lei no âmbito da fundamentalidade

No estudo das intersecções entre Lei e Direitos Fundamentais, mostra-se necessário recordar que o enfoque tradicional considerava o conteúdo jurídico das disposições constitucionais sobre o tema a partir do “recurso à conceptualidade ínsita nas leis ordinárias que realizavam aquelas proclamações ou que haviam já inspirado a própria norma-ção constitucional”.<sup>35</sup> Resultava que nem mesmo era problematizada a questão dos limites da Lei na conformação e restrição,<sup>36</sup> porquanto admitida a ideia dos “direitos fundamentais à medida da lei”.<sup>37</sup> Todavia, consoante a ponderação de Otto Bachof, ainda que o constitucionalismo primitivo não “desconfiasse” do legislador, tal realidade

<sup>32</sup> Sobre o tema, vale apenas a segura proposição de María José Añón: “las diferencias entre los derechos ‘de no lesión’ y los derechos ‘de prestación’ no se encuentran en un plano lógico-deontico, ni en la estructura de los derechos, ni en su ‘naturaleza’ 28, sino en planteamientos de orden político” (Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 40, 2002. p. 32.).

<sup>33</sup> Na construção clássica de Giorgio Jellinek (*Diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 105 e segs.).

<sup>34</sup> Cf. sobre o tema SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, 2ª série, n. 2, p. 261, abr.-jun. 1987. (separata). Mais, referindo a “ameaça horizontal a direitos fundamentais”, SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52 e segs. E ainda a assertiva de que “o Estado não é o único inimigo das liberdades”, por ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, p. 25.).

<sup>35</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 158-159.

<sup>36</sup> Já o sistema norte-americano, como se sabe, fora estruturado desde o início sob o pressuposto da supremacia constitucional perante o legislador, inclusive disciplinando a tutela judicial imediata à sua proteção (cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 62).

<sup>37</sup> Ao comentar o conhecido aforisma de Krüger – que revela a transmutação da ideia de “direitos fundamentais na medida da lei” para “leis à medida dos direitos fundamentais” – J. J. Gomes CANOTILHO acrescenta: “a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais”, em alerta para a violação de direitos também em razão da “falta de prestações” e “inércia normativa” (cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 363-364).

princípios a ser invertida no transcurso do século XIX.<sup>38</sup> Hodiernamente, a reversão da visão tradicional está evidenciada na estrita vinculação do legislador ordinário aos ditames constitucionais sobre os direitos fundamentais, bem assim sua aplicabilidade imediata<sup>39,40</sup> de molde a prescindir de regulamentação legislativa à fruição.<sup>41</sup>

Com esteio nessa perspectiva é que deve ser compreendida a opção dos textos constitucionais modernos por um consórcio com a Lei no domínio dos direitos fundamentais. Porque consagrados em normas que não raro revelam um “certo grau de imprecisão ou fluidez”<sup>42</sup> – aliás, próprio de sua envergadura constitucional –, tais direitos convivem, por vezes, com delegação ao legislador ordinário para sua conformação, esclarecimento ou regulação com vistas à sua ótima aplicação,<sup>43</sup> sem que isto condicione a sobredita aplicabilidade imediata.<sup>44</sup> Importa apenas assinalar que referido expediente de “reenvio aberto” não avaliza qualquer regulação, mas aquela cujo cerne está determinado materialmente por outros princípios expressos ou implícitos decorrentes da lei fundamental.<sup>45</sup>

A vinculação do legislador. À vista da miríade descritiva utilizada na positivação dos direitos fundamentais, Jorge Miranda bem assinala que “o legislador ordinário regulamenta simplesmente as normas

---

<sup>38</sup> O autor anota o abandono do sentido clássico de regramento geral e abstrato da Lei à razão de sua conversão em instrumento de ‘conformação política orientado a um fim’, planejado a curto prazo e resultante da negociação entre grupos de interesses contrapostos. A partir de então, refere que sua utilização para fins políticos, as transformações estruturais do próprio Parlamento e o aumento excessivo das demandas legislativas culminaram por conferir ao legislador o predicado de “inimigo” das liberdades, tudo a credenciar a opção da Lei Fundamental pela eleição do juiz como seu tutor maior (cf. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987. p. 45-53).

<sup>39</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143 e segs. Ainda, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, cit., p. 319-320.

<sup>40</sup> V.g. Constituição Portuguesa, art. 18, 1; Brasileira, 5º, § 1º; Alemã, art. 1º, 3; Grega, art. 25, 1; Tailandesa, Cap. III, part. 1, seção 28.

<sup>41</sup> Ao contrário do que propugnava a doutrina tradicional (Cf. SOUZA, José Ferreira Marnoco e. Op. cit., p. 44).

<sup>42</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 224.

<sup>43</sup> José Afonso da Silva critica a aceção doutrinária que refere como “normas de legislação” às disposições constitucionais que disciplinam direitos fundamentais e remetem a diploma legal futuro, forte na diferenciação entre normas de eficácia contida e de eficácia limitada (Cf. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-85).

<sup>44</sup> Vale dizer, “de forma alguma é plausível entender tais direitos como ‘promessas’, postergadas em função da omissão do legislador” (BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º., parágrafos 1º ao 3º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 330.).

<sup>45</sup> Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Constituição...*, cit., p. 408).

constitucionais auto-exequíveis e concretiza as normas não exequíveis”.<sup>46</sup> De resto, a vinculação dos órgãos legislativos verifica-se não apenas de maneira negativa, impediendo de contrariedade ao sentido das normas constitucionais, mas também positiva, já que além da função de regulamentar e concretizar, incumbe-lhes o dever de emitir normas ou providências que protejam os direitos fundamentais.<sup>47</sup>

Dado que a omissão legislativa demandaria desenvolvimento em larga escala, em prejuízo da proposta aqui voltada à observância da ação legislativa no domínio dos direitos fundamentais, alerta-se apenas que a inércia do legislador não passa ao largo dos mecanismos de controle de inconstitucionalidade na variante omissão – ocasionalmente a potencializarem as chamadas “sentenças aditivas”<sup>48</sup> –, além de estar sujeita à forma mais severa de proteção contra omissões lesivas a bens jurídico-fundamentais, a saber, sua criminalização.<sup>49</sup>

Com foco, pois, na ação legislativa sobre os direitos fundamentais, importa analisar em que medida estará conforme a Constituição.

O regime orgânico. No que pertine ao regime de atribuição da competência legiferante sobre direitos, liberdades e garantias, é sua comum primazia ao Parlamento e subsidiariedade ao Executivo, consoante se constata, por exemplo, na Constituição Portuguesa, atenta à magnitude dessa categoria de direitos.<sup>50</sup> Aliás, tal reserva abrange todas as categorias de leis (conformadoras, restritivas ou ampliativas).<sup>51</sup>

Já na Constituição Brasileira, a Emenda Constitucional n. 32/01 inseriu disposição expressa acerca dos temas subtraídos às Medidas Provisórias, entre eles nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, mas sem menção textual e generalizada a direitos individuais.<sup>52</sup> Contudo, importa a interpretação sistemática

<sup>46</sup> *Manual...*, IV, cit., p. 321.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>48</sup> Cf. SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 427-435.

<sup>49</sup> Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 46-50.

<sup>50</sup> Ainda assim, a CRP impõe *reserva absoluta* a alguns direitos, conforme previsão do artigo 164º, para só então disciplinar a delegação na *reserva relativa* do art. 165º (1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: b) Direitos, liberdades e garantias).

<sup>51</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 469.

<sup>52</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I. Relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos

com o disposto no artigo 68, § 1º, responsável por disciplinar a extensão dos limites materiais para a Lei Delegada, subtraindo-lhe do alcance direitos individuais, políticos, eleitorais, de cidadania e nacionalidade.<sup>53</sup> Daí afirmar-se a competência exclusiva e indelegável do Parlamento para legislar sobre tal leque de direitos. Por oportuno, vale a citação de julgamento do Supremo Tribunal Federal, anterior à mencionada Emenda – impositiva de algumas restrições materiais explícitas às Medidas Provisórias –, mas do qual se extraem votos (Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence) paradigmáticos sobre a impossibilidade de sua incursão no terreno das liberdades, um deles com invocação expressa ao magistério de Jorge Miranda quanto ao imprescindível respeito à separação de poderes que conduz reserva ao Parlamento, se não de todas as matérias, ao menos às mais sensíveis e politicamente importantes, donde sobressaem as pertinentes a direitos, liberdades e garantias.<sup>54</sup>

Outra nota sobre o regime orgânico. Tanto na Constituição Portuguesa quanto na Brasileira, não há um procedimento legislativo específico para o regramento de direitos, liberdades e garantias, embora algumas disposições diferenciem a modalidade de lei exigida para a conformação ou restrição. Na casuística, veja-se a sujeição ao regime das Leis Orgânicas para as matérias incluídas em seu âmbito pela Constituição Portuguesa;<sup>55</sup> na Constituição Brasileira, conformação delegada à Lei Complementar para regulagem e previsão de indenização e outros direitos em caso de despedida arbitrária (art. 7º, inc. I), ou ainda hipóteses de inexigibilidade (art. 14, § 9º).<sup>56</sup>

---

políticos, partidos políticos e direito eleitoral. Na percepção de Walter Ceneviva, a alteração ultimou sedimentar vedação expressa à edição de Medidas Provisórias sobre matérias reservadas à Lei Complementar (*Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 234.), mas é preciso reconhecer que claudicou ao omitir a vedação ao trato de direitos individuais via Medida Provisória.

<sup>53</sup> Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II. nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

<sup>54</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162-1/DF, Pleno, Rel. Moreira Alves, dj. 14/12/1989, com indeferimento de liminar para suspender Medida Provisória, vencendo com argumentos diversos os votos citados.

<sup>55</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 473.

<sup>56</sup> Para constar, a Constituição Espanhola declina de maneira ampla para o regime das Leis Orgânicas: “Artículo 81: 1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”.

Esboço classificatório. Postas tais premissas, e sem perder de vista a compressão ditada pela natureza e brevidade deste ensaio, principia-se por pinçar algumas das situações mais recorrentes, que evidenciam o diálogo normativo entre Lei e Constituição na seara dos direitos fundamentais, para, ao final, detectar pontos de conflito que possam prejudicar a harmonia dessa interação. Sem embargo das mais variadas classificações atribuídas à Lei, enquanto disciplinadora do tema,<sup>57</sup> para melhor problematizar a questão reduz-se o universo às conformativas, restritivas, precursoras e ampliativas.

### 3.1. Conformação e restrição

Principia-se a análise do comportamento da Lei na regulação de direitos fundamentais sob duas perspectivas elementares, a saber: a) meio autorizado pela Constituição para conformação de direito e b) expediente restritivo voltado à proteção de outros direitos com idêntico *status* constitucional.<sup>58</sup>

A conformação pela Lei. Nem mesmo as Constituições mais liberais ou fortemente protetoras da dignidade da pessoa humana são eficientes a ponto de dispensar o concurso complementar da legislação ordinária.<sup>59</sup> Como já se disse antes, até em razão do perfil diferenciado do texto constitucional, não é rara a positivação de um direito fundamental com reserva à Lei para sua regulação e desenvolvimento.<sup>60</sup> E, embora a intervenção legislativa mais emblemática no espectro dos direitos fundamentais seja a restritiva, na maior parte dos casos impeira a conformadora. Dentro deste epíteto – também por uma questão metodológica –, juntam-se outras classificações (ordenadora, reguladora, interpretativa, declarativa, protetiva, concretizadora etc.) para querer traduzir a atuação do legislador infraconstitucional voltada a

<sup>57</sup> Entre várias: 1) José Carlos Vieira de Andrade: ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protetoras, promotoras e ampliativas (op. cit., p. 208); 2) Jorge MIRANDA: declarativa regulamentadora, concretizadora, protetiva, restritiva e aditiva (*Manual...*, IV, cit., p. 407); 3) Peter LERCHE: interventoras, esclarecedoras, conformadoras, protetoras de abuso e solucionadoras de conflitos (apud Robert Alexy, op. cit., p. 332).

<sup>58</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 168.

<sup>59</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Inviolabilidade...*, cit. p. 400.

<sup>60</sup> Fala-se, por vezes, em um sistema “misto” (Cf. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Op. cit., p. 496-497).

efetivar direito fundamental por meio de disposições que instrumentalizem, densifiquem, protejam ou concretizem sua fruição, bem assim esclareçam seu alcance, previnam conflitos ou obstaculizem o abuso e a violação dos direitos. Trata-se da chamada “dimensão positiva” da vinculação do legislador, no dever de “realizar” os direitos, liberdades e garantias de modo a otimizar sua normatividade e atualidade.<sup>61</sup>

Com efeito, a Lei opera de maneira regulamentadora ou ordenadora de direitos fundamentais quando, a pretexto de organizar e disciplinar sua “superior” execução, dispõe sobre hipóteses que autorizam interceptações telefônicas,<sup>62</sup> regulam o casamento, a propriedade, o sufrágio<sup>63</sup> ou as condições de exercício do jornalismo<sup>64</sup>.

Por outro lado, atua de forma concretizadora ou constitutiva ao implementar preceitos não exequíveis por si mesmos, determinando e distendendo o conteúdo nuclear ditado pela Constituição, como, por exemplo, ao disciplinar os termos da objeção de consciência<sup>65</sup>, definir o tempo de exclusividade à propriedade intelectual<sup>66</sup> ou normatizar significância e alcance do direito à proteção de dados informatizados.<sup>67</sup>

Outrossim, a Lei incursiona de maneira protetora a direitos fundamentais ao cumprir mandato constitucional para conferir-lhes especial blindagem, como ao garantir defesas específicas a representantes sindicais,<sup>68</sup> assegurar respeito aos locais de culto e suas liturgias<sup>69</sup> ou estabelecer parâmetros de proteção contra a utilização indevida de informações pessoais.<sup>70</sup>

Para final destaque sobre a importância do concurso legal para a conformação dos direitos fundamentais, sobreleva revisitar os chamados direitos com “âmbito de proteção restrita ou marcadamente normativo”, nos quais é “a normação ordinária que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional”.<sup>71</sup>

<sup>61</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., p. 580.

<sup>62</sup> Art. 5º, XII, da Constituição Brasileira.

<sup>63</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>64</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 407, com referência à Constituição Portuguesa.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> Art. 5º, XXVII, da Constituição Brasileira.

<sup>67</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 213, com referência à Constituição Portuguesa.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>69</sup> Art. 5º, VI, da Constituição Brasileira.

<sup>70</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 407, com referência à Constituição Portuguesa.

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

A restrição pela Lei. Diversamente de compreender a existência de limites ao exercício dos direitos fundamentais em sua integração harmônica com os demais direitos, liberdades e garantias estatuídas na ordem constitucional, cuida-se aqui de analisar a imposição de restrições pelo legislador infraconstitucional.

Em que pese o devido respeito ao posicionamento de recusa a restrições legais que ultrapassem os casos expressamente previstos na Constituição,<sup>72</sup> admite-se que o silêncio do legislador constitucional sobre alguma restrição não impede recorte a direito fundamental pelo ordinário, desde que proceda com atenção aos requisitos constitucionais e, sobretudo, esteja justificada a restrição, com exposição dos interesses materiais em confronto a fim de proporcionar um sopesamento adequado sobre sua pertinência.<sup>73</sup> Diferentemente da atividade de conformação, o exercício restritivo da Lei, haja vista diminutivo da fruição de direito, liberdade e garantia, demanda persuasiva fundamentação à ótima realização de outros preceitos constitucionais.<sup>74</sup>

Ausente disciplina específica às restrições legais na Constituição Brasileira, a Portuguesa oferece inspiração por meio da disposição de requisitos específicos, a saber: fundamento na Constituição, limitação ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, revestimento geral e abstrato, vedação de efeito retroativo e impossibilidade de diminuição na extensão e alcance do conteúdo essencial<sup>75</sup> dos preceitos constitucionais (art. 18, n. 2 e 3).

Em tal “conteúdo essencial” é que se concentra a principal diretiva para o legislador ordinário entabular com retidão seu diálogo

<sup>72</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., p. 281. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 609-610. Não se desconhece, também, o vetusto alerta de John Stuart Mill sobre o perigo da Lei limitativa às liberdades: “O mais forte, contudo, dos argumentos contra a interferência do público na conduta puramente pessoal, é que, quando ele interfere, se pode apostar que interfere de modo errado, e em lugar errado” (*Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 126.). Ainda assim, conforme exporemos, admitimos as restrições legais não expressamente autorizadas.

<sup>73</sup> Cf. NOVAIS, Jorge. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 600 e passim.

<sup>74</sup> Robert Alexy utiliza o critério da “não-inibição da realização de um princípio de direito fundamental” para diferenciar configuração e restrição legais, motivo pelo qual somente aquela prescinde de fundamentação (*Teoria...*, cit., p. 339-340).

<sup>75</sup> Embora indenível objetivamente, evidencia-se em cada direito fundamental um núcleo intangível, tanto por isso subtraído ao alcance do legislador. “En todo tiempo, y hoy más, indudablemente, han existido en el derecho de los pueblos cultos, algunos puntos fundamentales que han estado sustraídos al arbitrio del legislador. Estos puntos fundamentales vienen a representar el precipitado de la total evolución histórica de un pueblo, tal como se ha mostrado constantemente en las instituciones jurídicas, en cuanto condición permanente de su existencia histórica” (JELLINEK, Giorgio. *Teoria...*, cit., p. 351).

normativo com a Constituição, na observância estrita dos limites às restrições – ou “limites dos limites”.<sup>76</sup> Para além disso, evidenciar sempre a finalidade de satisfação às exigências do bem comum para justificar qualquer restrição, pena de restar desafiada a Constituição.<sup>77</sup>

Em suma, Constituição e Lei devem caminhar juntas na empreitada de realização dos direitos fundamentais, seja enunciando limites, seja estabelecendo restrições, mas sempre com o cuidado de evitar potenciais fricções que possam desestabilizar o sistema normativo dos direitos, liberdades e garantias.

### 3.2. Inovação e ampliação

Embora no plano filosófico seja legítimo captar as raízes dos direitos fundamentais na linhagem nobre do princípio da dignidade da pessoa, a conexão jurídico-positiva entre os institutos pode ser detectada apenas com a formação do Estado Social de Direito, tornando-se ainda mais enfática a partir dos diplomas constitucionais e textos internacionais do segundo pós-guerra.<sup>78</sup> Desde então, vêm sendo aperfeiçoados mecanismos de tutela aos direitos fundamentais – a inspirar até mesmo afirmações quanto à transição do Estado Constitucional para o Estado de Direitos Fundamentais –,<sup>79</sup> inclusive com admissão à expansão em seu catálogo de liberdades, direitos e garantias através dos tempos.<sup>80</sup>

Diplomas constitucionais há que o fazem de forma expressa por meio das chamadas cláusulas abertas, seguindo o exemplo precursor da Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Para tanto, permitem o concurso do legislador ordinário não apenas para

<sup>76</sup> “Con la expresión ‘límites de los límites’ se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia” (AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 14, p. 25, ene.-abr. 1993.).

<sup>77</sup> Cf. CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000. p. 389.

<sup>78</sup> De toda sorte, o cerne do regramento dos direitos fundamentais repousa no berço da dignidade da pessoa humana, erigindo-a como “fundamento e fim da sociedade e do Estado” (MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167-176.).

<sup>79</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 127.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 91.



ampliar o alcance dos direitos fundamentais, como também erigir outros sequer excogitados por ocasião de sua positivação.<sup>81</sup> Sabiamente, contribuem para “desenvolver de forma ótima sua força normativa” ao revelarem-se capazes de assimilar novos anseios sociais e políticos sem necessidade de aditamentos ou revisões.<sup>82</sup>

Merece destaque, pois, o relevante papel da Lei para além da conformação ou restrição de direitos fundamentais, porquanto legitimada a ampliar e até mesmo abrir caminho a novos direitos fundamentais.

Leis inovadoras ou precursoras de direitos fundamentais. Nem mesmo a Constituição mais analítica poderia edificar um catálogo exauriente desses direitos. Tampouco o recurso a processos hermenêuticos, com interpretação extensiva de fontes constitucionais,<sup>83</sup> seria suficiente a conferir-lhe um caráter atemporal.<sup>84</sup> Daí não haver razão para negar o concurso do legislador ordinário à criação de novos direitos fundamentais,<sup>85</sup> não raro a estimular seu encarte em futuras revisões à Constituição, desde que coetâneos com princípios e valores identificáveis na ordem constitucional,<sup>86</sup> bem como respeitosos a outros direitos de igual estatura – pressupostos básicos do diálogo normativo entre Lei e Constituição. Conforme já destacado alhures, eleger a Constituição formal como única fonte dos direitos fundamentais significaria aceitar a negação de garantias elementares, que resistem a qualquer tentativa de obliteração pelo poder dominante. Ou então, implicaria recusar a condição de fundamentais a direitos “esquecidos” pelo legislador constitucional por ocasião da elaboração do catálogo expresso; evidentemente, persistem, ainda que na categoria dos direitos fundamentais materiais.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> Já Santo Agostinho tratava da Lei sob uma perspectiva mutável, denominando-a temporânea para significar que, “embora justa, pode legitimamente ser mudada ao longo do tempo”, conforme as circunstâncias, desde que sempre escudada na “Razão suprema”. (*O livre arbitrio*. Tradução de António Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1986. p. 36-41.).

<sup>82</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

<sup>83</sup> Jorge Bacelar Gouveia atribui denominação de “direitos fundamentais implícitos” àqueles resultantes do exercício interpretativo da Constituição (*Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1062.).

<sup>84</sup> Basta pensar na pulsante temática dos “novos direitos” na seara da bioética, meio ambiente ou igualdade de gêneros, entre outros (Cf. NETO, Luísa. *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito?*. Porto: U. Porto Editorial, 2010. passim).

<sup>85</sup> Na denominação de José Bacelar Gouveia, “direitos fundamentais atípicos” (*Os direitos...*, cit., p. 56 e segs.).

<sup>86</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. In: ESTUDOS em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coimbra: Coimbra: 2001. p. 564. (separata).

<sup>87</sup> GODINHO, José Magalhães. *Direitos, liberdades e garantias individuais*. Lisboa: Seara Nova, 1972. p. 137.

A Constituição Portuguesa admite textualmente que os direitos fundamentais nela consagrados “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (art. 16º, 1).<sup>88,89</sup> Já a Constituição Brasileira, um tanto diversamente, estabelece que os direitos e garantias que contempla “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º), o que permite a interpretação de abertura a novos direitos decorrentes da Lei, desde que soerguidos com esteio na ordem constitucional.<sup>90</sup>

Noutro ponto, a Lei também pode ser utilizada como fonte criativa de direito fundamental quando norma internacional passe a integrar determinado ordenamento jurídico e preveja direito ou garantia não contemplado por ele.<sup>91</sup> É o que ocorre quando a norma internacional alberga não apenas direitos, mas também princípios que devam ser observados pelo Estado e não estejam expressamente retratados na sistemática positiva de direitos fundamentais, reclamando ato legislativo que os implemente.<sup>92</sup> De todo modo, sempre se haverá de cuidar para que dilatação excessiva do rol existente não fragilize o *status* superior e especialíssimo que desfrutam os direitos fundamentais,

<sup>88</sup> Igualmente partidárias da sistemática de cláusulas abertas, entre outras, as Constituições Estoniana (art. 10º) e Guatemalteca (art. 44).

<sup>89</sup> Vale o destaque para julgamento do Tribunal Constitucional Português, que reconheceu no Acórdão n. 51/87 a possibilidade de “haver direitos fundamentais previstos apenas na lei (direitos fundamentais legais), pois é o art. 16º da própria CRP que expressamente o admite, quando dispõe que ‘os direitos fundamentais consagrados na CRP não excluem quaisquer outros constantes das leis ou das regras aplicáveis de direito internacional’; ponto é que pela sua natureza e estrutura compartilhem das características dos direitos fundamentais constitucionais” (TC – Processo nº 151/86, 1ª Secção, Rel. Conselheiro Vital Moreira, dj. 14/02/87).

<sup>90</sup> Na análise da “lista aberta” eleita pela Constituição Brasileira, Bertrand Mathieu percebe um convite ao juiz para a concretização dos direitos fundamentais. Refere ser a Carta não apenas uma norma substancial, mas também uma norma de habilitação que “opera, de alguma forma, uma transferência de competência parcial e reversível, do Constituinte ao juiz, para determinar, na observância do âmbito geral colocado pelo texto, os direitos e as liberdades fundamentais constitucionais” (Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de (Coord.). Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 50).

<sup>91</sup> Saliente-se que a discussão aqui trata de direitos fundamentais individuais ou coletivos reconhecidos em norma de direito internacional e ainda omitidos na Constituição do país que a acolhe. Nada a respeito de “direitos e deveres fundamentais” dos próprios Estados, ideia bem acomodada por Kelsen na compreensão da personalidade internacional (Cf. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 361.).

<sup>92</sup> Cf. CRUZ VILLALON, Pedro. La carta de Derechos y la Constitución Española. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, n. 12, p. 15-19, junio de 2005.

nomeadamente em seu “sentido libertado”.<sup>93</sup> Ademais, sabe-se que a abertura a novos direitos “é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo”.<sup>94</sup>

Pertine a exemplificação de hipóteses em que andou bem o legislador ordinário ao instituir direitos fundamentais ainda não positivados na Constituição. Em Portugal, os direitos da personalidade consagrados na codificação civil eram catalogados nessa categoria, até que foram incorporados à Carta em sucessivas revisões; outros, persistiram sem assento constitucional, como o “direito à reparação de danos”<sup>95</sup>, o “direito de fundação” ou o “direito de reagrupamento familiar de estrangeiros”<sup>96</sup>. No Brasil, alguns direitos da personalidade ainda não desfrutam previsão constitucional e permanecem decantados no Código Civil,<sup>97</sup> assim como a proteção ao patrimônio genético, atualmente assegurado pela Lei n. 11.105/2005.<sup>98</sup>

Leis ampliativas de direitos fundamentais. Desde a premissa adotada para a Lei enquanto criativa, com maior razão se deve admitir a competência do legislador ordinário para ampliar direitos fundamentais positivados na Constituição. Quando não impulsionam a criação de novos direitos, o progresso tecnológico e o desenvolvimento sociocultural constantemente comprimem o legislador à dilatação dos horizontes de direitos fundamentais além-fronteiras daqueles imaginados por ocasião de sua previsão constitucional.<sup>99</sup> Tudo a ensejar o concurso da Lei para a sua superior (e atual) conformação, desde que observados

---

<sup>93</sup> “O fervor bem intencionado ou o calculismo frio podem acabar por destruir a liberdade, pelo empolamento dos direitos fundamentais” (MELO, A. Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, J. C. Vieira de. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 38.).

<sup>94</sup> MIRANDA, Jorge. *A abertura...*, cit., p. 564.

<sup>95</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., p. 83.

<sup>96</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 206.

<sup>97</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e novos direitos. In: SILVA, Vasco Pereira da e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Portugal, Brasil e o mundo do direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 75.

<sup>98</sup> Já a Constituição Portuguesa agasalha a garantia em seu artigo 26º, 3, ainda que conclamando o concurso conformador do legislador ordinário: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

<sup>99</sup> Norberto Bobbio, aliás, assevera que “os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico” (*A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004. p. 96.).

os requisitos básicos do diálogo normativo igualmente aplicáveis às leis criativas, em especial, obediência aos nortes principiológicos e valores da Constituição, bem como respeito a outros direitos fundamentais.

Da realidade portuguesa Jorge Miranda extrai exemplo a confirmar tais conclusões. Obtempera que, sem prejuízo da incumbência estatal em garantir o ensino básico universal, gratuito e obrigatório, nada impede ao legislador ordinário alargar a duração do ensino básico ou mesmo instituir obrigatoriedade para o ensino secundário ou educação pré-escolar.<sup>100</sup> Na mesma linha, José Carlos Vieira de Andrade invoca como exemplo de lei ampliadora aquela que garante o direito de asilo para perseguidos não militantes (Lei n. 15/98).<sup>101</sup> No Brasil, a questão da proteção aos dados constitui campo fértil à atuação legislativa ampliadora.<sup>102</sup> Enquanto a Constituição resguarda a inviolabilidade dos dados pessoais (art. 5º, XII) e disponibiliza o habeas data para assegurar o acesso às informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem assim sua retificação (art. 5º, LXXII), mostra-se imprescindível ampliação legal na proteção desse direito fundamental. Daí o crédito ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados – em desenvolvimento conjunto pela Fundação Getúlio Vargas e o Ministério da Justiça –, que amplifica o acesso às informações e possibilita pedido de retificação pelo titular junto a empresas privadas, além de estabelecer prazo mínimo e máximo ao armazenamento de dados.<sup>103</sup>

#### 4. Diálogos normativos: algumas reflexões

Convindo que a espinha dorsal deste trabalho está centrada no consórcio entre Lei e Constituição enquanto disciplinadoras de direitos fundamentais, a análise de potencial confronto entre elas adentra no

<sup>100</sup>Cf. *A abertura...*, cit., p. 563.

<sup>101</sup>Op. cit., p. 215.

<sup>102</sup>Em Portugal, que já contava com uma precursora proteção à vida privada pela Lei n. 03/73, (Cf. MIRANDA, Jorge. *Legislação sobre direitos, liberdades e garantias*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1978. p. 121-122.), há a Lei n. 67/98 a disciplinar o direito ao controle dos dados pessoais informatizados (Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Legislação de direitos fundamentais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2004. p. 181-209.), fortalecendo a proteção constitucional quanto à utilização da informática (art. 35, CRP).

<sup>103</sup>Cf. disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/01/1402559-lei-de-protacao-de-dados-pessoais-pode-afetar-regras-da-telefonica-diz-governo.shtml>>; ainda, <http://www.atoz.ufpr.br/index.php/atoz/article/view/41/121>>, acesso em: 11 mar. 2014.

campo do controle da constitucionalidade das leis, afeto aos órgãos incumbidos da denominada “justiça constitucional”.<sup>104</sup> Contudo, a preocupação aqui não está em esmiuçar quais seriam esses órgãos ou mecanismos adotados pelos ordenamentos jurídicos para dar cabo dessa tarefa,<sup>105</sup> mas direcionar forças no intuito de iluminar caminhos para lidar com o comportamento do legislador ordinário quando se presta a conformar, restringir, ampliar ou até mesmo inovar em tema de direitos fundamentais, oferecendo pistas que servirão primacialmente a ele, embora passíveis de aproveitamento por ocasião da revisão de seus atos pela justiça constitucional.

Nessa empreitada, mais do que a tradicional hermenêutica constitucional,<sup>106</sup> focar-se-á na interpretação integradora das normas infraconstitucionais aos princípios e valores constitucionais e supraconstitucionais.<sup>107</sup> Em outras palavras, trata-se de pesquisar os requisitos para um simbiose sadia entre Lei e Constituição na busca pela realização efetiva dos direitos fundamentais.

No campo das restrições, de sorte a evitar dissintonia entre direito constitucionalmente protegido e legislação que pretenda diminuir seu alcance,<sup>108</sup> a tarefa é compreender os mecanismos de ponderação para auscultar em que proporção tal interferência seja mesmo necessária à proteção de outros valores e bens igualmente resguardados pela Constituição.<sup>109</sup> Quanto à legislação que amplie direito fundamental ou até mesmo esboce figura até então desconhecida do ordenamento jurídico positivo, em linhas gerais, o desvelo estará em impedir que o núcleo essencial do direito seja desnaturado, bem como haja restrição a outro por conta de sua ampliação.

---

<sup>104</sup>Cf. CRUZ VILLALON, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 28.

<sup>105</sup>Idem, para uma primeira referência sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no continente europeu, dissecando em especial a evolução dos modelos austríaco, espanhol e tcheco.

<sup>106</sup>Acerca da metodologia clássica e especificamente constitucional na hermenêutica, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 92 e segs.

<sup>107</sup>Cf. RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 351.

<sup>108</sup>Na visão sempre aguda e positivista de Hans Kelsen, “o catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir” (*Teoria pura...*, p. 156).

<sup>109</sup>Cf. PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998. p. 570.

Sem deslembrar da compressão ditada pelos horizontes deste ensaio, opta-se por problematizar as hipóteses mais recorrentes em que a Lei sofre questionamento ao restringir, ampliar ou criar direitos fundamentais, bem assim destacar critérios hábeis a prevenir ou contornar o conflito normativo com a Constituição.

#### 4.1. Leis restritivas e Constituição

Normas constitucionais há que definem seu alcance; outras declinam a tarefa ao legislador infraconstitucional, mas estabelecem objetivamente seu perímetro de atuação.<sup>110</sup> O problema coloca-se quanto às disposições sobre direitos fundamentais que não fixam ou delegam restrições, a demandar redobrada diligência na averiguação de intervenção legal restritiva. Até porque, em paralelo, a leis clara e diretamente restritivas, outras o fazem de maneira lateral; embora editadas com o propósito de regulamentar temas diversos, terminam por diminuir a fruição de direitos fundamentais.<sup>111</sup>

No intuito de evitar que a solução de controvérsias não amparadas por um regramento claro possa depender de conclusão “discricionária” do juiz,<sup>112</sup> quadra o percurso pelas principais construções teóricas que viabilizam técnicas mais objetivas para reconduzir ao diálogo um eventual conflito normativo entre Lei e Constituição.

A teoria externa ou pensamento de intervenção e limites estabelece como premissa a distinção entre o direito fundamental e os limites que nele possam incidir. Isolado o conteúdo do direito e, por conseguinte, revelado seu âmbito de proteção pela própria Constituição, admite-se a incidência de limitações vindas do exterior que têm o

<sup>110</sup>Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 603-603.

<sup>111</sup>É o que ocorre com grande frequência no seio dos direitos sociais. Por exemplo, leis orçamentárias que impliquem severos cortes financeiros nas áreas de educação, saúde e desporto, com majoração de despesas em outras áreas, evidenciam restrição inequívoca de acesso àqueles direitos. Em tais situações, urge análise ponderada sobre adequação e proporcionalidade no orçamentário compressor de direitos fundamentais, tanto que Ingo W. Sarlet defende o controle judicial das opções orçamentárias, até para minimizar os efeitos da “reserva do possível” (Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 313-314.).

<sup>112</sup>Aqui o alerta de Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128.

condão de legitimar intervenções estatais.<sup>113,114</sup> Já a teoria interna ou teoria institucional dos direitos fundamentais recusa a ideia de limites como elementos externos a incidirem sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, uma vez que imanentes a ele; revelam-se, portanto, de dentro para fora, e não em sentido contrário. Inferindo-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais a partir do princípio da ponderação, aclara-se sua convivência com os demais bens protegidos pela Constituição.<sup>115,116</sup> Tem-se, ainda, a teoria dos direitos fundamentais como princípios, elaborada por Robert Alexy com inspiração na sistemática distintiva entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin.<sup>117</sup> Estruturada a noção de regra sobre o prisma da validade, a ocorrência de conflito entre as duas acerca de direito fundamental evidenciará a validade de uma e invalidade de outra, que restará excluída do ordenamento. De outra sorte, o embate entre princípios não redundará exclusão de algum deles, mas prevalência, no caso concreto, daquele que apresentar maior “peso”.<sup>118</sup> Alexy explicita ainda o mecanismo de sopesamento ou ponderação como instrumento adequado para aquilatar a maior ou menor densidade de um princípio quando posto à prova perante outro. E defende-se das críticas sobre uma acentuada carga de subjetivismo em tal sistemática anotando que a fundamentação adequada acerca do enunciado de preferência entre os princípios colidentes adere racionalidade à ponderação.<sup>119</sup> Por último, releva indicar

<sup>113</sup>Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 292-309.

<sup>114</sup>Há crédito para a teoria na medida em que objetiva racionalizar o controle das intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Contudo, para as situações em que inexistente previsão expressa à profundidade das restrições a ser observada pelo legislador ordinário, sucumbe ao auxílio da percepção de “limites imanentes” e convida ao subjetivismo na interpretação judicial.

<sup>115</sup>Conforme resenha Marcela Rosa Abrahão acerca de ‘La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales’, *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, p. 266-290, jan./mar. 2012.

<sup>116</sup>Ainda assim, verifica-se apenas um deslocamento na efetivação de controle às restrições (Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Restrições...*, cit., p. 319.), persistindo o risco da subjetividade na conformação interpretativa do núcleo protegido, quicá ampliando indevidamente a liberdade do legislador ordinário ao confiar-lhe a tarefa de “revelar” os limites intrínsecos ao direito fundamental.

<sup>117</sup>Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37 e segs.

<sup>118</sup>O grau de realização e importância de cada princípio será responsável por indicar qual deles prevalece na hipótese de colisão, cf. BOROWISK, Martin. ‘La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, p. 35, mayo-ago. 2000,

<sup>119</sup>Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164-165.

a teorização de Jorge Reis Novais, que parte da noção de direitos fundamentais como “trunfos” (DWORKIN) contra a maioria, condicionados por uma reserva geral de ponderação, cuja restrição depende da compatibilização com os demais direitos tutelados em idêntico patamar.<sup>120</sup>

Perfilhadas as principais teorias acerca do tema, todas servíveis ao seu modo para o sentenciamento de pertinência ou não de restrições a direitos fundamentais, forçoso concluir que nada impede melhor formação do direito fundamental à luz de contingências posteriores à sua consagração, desde que eventuais recortes estejam escorados na ordem constitucional que o acolheu – e advertiu sobre o imperioso respeito aos demais direitos, liberdades e garantias de nobreza fundamental. De modo sucinto, importa é que as restrições, vistas interna ou externamente: a) estejam fundamentadas na Constituição; b) ostentem indicativo claro dos direitos, liberdades e garantias envolvidos; c) evidenciem caráter geral e abstrato; d) não irradiem efeitos retroativos; e) limitem o recorte do direito fundamental ao essencialmente necessário para a proteção de outros interesses igualmente protegidos pelo Texto Constitucional; f) preservem, sobretudo, o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.<sup>121</sup>

A partir disso, concebe-se que o diálogo normativo entre Lei e Constituição no domínio das restrições a direitos fundamentais, independentemente da teoria adotada, haverá de iluminar-se principalmente pela dinâmica da proporcionalidade, responsável por aclarar se a justificativa da lei restritiva está escorada em direito cujo peso<sup>122</sup> se sobreponha ao restringido,<sup>123</sup> sempre à luz do contexto constitucional.

Do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, análise de legislação inconstitucional alargando as hipóteses de inelegibilidade e conclusão pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental, apesar das novas restrições impostas.<sup>124</sup> No Tribunal Constitucional Português,

<sup>120</sup>Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 600 e passim.

<sup>121</sup>Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 610 e segs. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 418 e segs.

<sup>122</sup>Cf. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>123</sup>Advirta-se, também, que o grau de realização e importância de cada princípio será responsável por indicar qual deles prevalece na hipótese de colisão (cf. BOROWISK, Martin. ‘La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, p. 35, mayo-agosto 2000).

<sup>124</sup>“A Lei Complementar no 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas” (ADC n. 29/DF, Pleno, Rel. Min. LUIZ FUX, dj. 16/02/2012).



destaque de julgamento acerca de legislação restritiva que ampliava as hipóteses de demissão no serviço público, reconhecendo sua inconstitucionalidade por violação a direitos fundamentais laborais.<sup>125</sup>

Enfim, relevante pontuar que a diligência no âmbito das restrições legais a direitos fundamentais não termina no exame de retidão do legislador em face das disposições constitucionais, mas se estende ao acompanhamento da aplicação da Lei restritiva pelo Poder Público, tarefa da qual está incumbida a justiça constitucional. Do mesmo modo, a ela cabe a apreciação de atos do Poder Público que, a pretexto de dar cumprimento a Lei de conteúdo alheio a direitos fundamentais, utilize-a à guisa de sua restrição.<sup>126</sup>

## 4.2. Leis conformadoras e Constituição

Quando se aborda a conformação de direito fundamental, sobressai ser defeso à Lei incursionar de maneira inovadora por seu conteúdo,<sup>127</sup> porquanto limitada a tornar objetivos os parâmetros almejados pelo legislador constitucional quando se licenciou de fazê-lo em razão da natureza generalista eleita por ocasião da positivação daquele

<sup>125</sup> “Em suma, estão reunidas razões bastantes para considerar que não se demonstram razões de interesse público idôneas a postergar a tutela de confiança legítima quanto à continuidade do comportamento do Estado relativamente a peça nuclear do estatuto juslaboral dos trabalhadores abrangidos pela norma do n° 4 do artigo 88° da Lei n° 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Assim sendo, a norma revogatória *sub judicio* viola a previsibilidade do Direito, como forma de orientação de vida (cfr. Maria Lúcia Amaral, *A forma da República*, 2005, p. 185) e, desse jeito, a confiança e a segurança jurídica inerentes ao princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2° da Constituição”. (Acórdão n° 474/2013, Proc. n° 754/13, Pleno, Rel. Conselheiro Fernando Ventura, dj. 29/08/2013).

<sup>126</sup> Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na apreciação de restrição ao direito de reunião empenhada pelo Poder Público com fundamento em Lei atinente à política de prevenção e repressão a entorpecentes, bem andou em conduzir sua interpretação conforme a Constituição. “A utilização do § 3° do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5° da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5° da Constituição Republicana, respectivamente).” Daí o julgamento de procedência “para dar ao § 2° do art. 33 da Lei 11.343/2006 ‘interpretação conforme à Constituição’ e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas” (ADI n. 4274/DF, Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, dj. 23/11/2011).

<sup>127</sup> Cf. PALADIN, Livio. Op. cit., p. 573.

direito.<sup>128</sup> De resto, a sempre respeitosa observância aos direitos, liberdades e garantias lindeiros.

Veja-se o exemplo do artigo 5º, inc. XIII, da Constituição Brasileira, quando dispõe ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Na conformação deste direito, a sintonia da Lei será perfeita quando fixar requisitos mais ou menos exigentes conforme a atividade laboral – em prol não apenas do profissional, mas especialmente da coletividade destinatária de seu exercício –, mas que não importunem seu livre exercício ou confrontem com a fruição de direitos fundamentais correlatos. A propósito, válido o destaque de julgamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro afastando a incidência de dispositivo concernente a Lei conformadora do exercício da profissão de jornalista, haja vista instituir exigência que tolhe indevidamente seu núcleo essencial (na linha de precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos em caso de obrigatoriedade do diploma universitário e inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista – caso “La colegiación obligatoria de periodistas” – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985).<sup>129</sup>

Com persistência no tema da conformação pela Lei, confira-se julgado do Tribunal Constitucional Português que apreciou e confirmou a constitucionalidade da Lei n. 32/2006, após análise de todas as disposições sobre direitos fundamentais direta ou indiretamente tocadas pelo diploma, bem como observância estrita à delegação constitucional qualificada para que o Estado regulamente a procriação assistida “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” (art. 67º, n. 2, e), CRP).<sup>130</sup>

<sup>128</sup>Ou seja, ao legislador ordinário é vedado, enquanto regulador, “violiar los derechos fundamentales como institutos ni puede poner en cuestión el significado institucional de tales derechos” (HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 121).

<sup>129</sup>“No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial” (RE n. 511961/SP, Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, d.j. 17/06/2009).

<sup>130</sup>Na apreciação do referido parâmetro a ser observado, consignou: “o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjectivas, mas antes como um princípio jurídico que poderá ser

Cuida-se, pois, de velar pelo entrelaçamento saudável entre Lei e Constituição de molde a fazer respeitar a “essência” do direito fundamental que se pretendeu positivizar.<sup>131</sup> E a interação normativa desejada é aquela em que o legislador ordinário conformador não vá aquém ou além dos objetivos perseguidos por ocasião do reconhecimento expreso da fundamentalidade ao direito, respeitando também outros direitos de idêntica importância.

### 4.3. Leis ampliativas/inovadoras e Constituição

À primeira vista, poderia parecer que a problemática de maior evidência na atuação do legislador infraconstitucional estaria relacionada a atuações restritivas, já que leis ampliativas, por sua própria natureza, não mais fariam do que expandir um direito fundamental, enquanto leis criativas salutarmente agregariam outros ao rol positivado. Ocorre que também a elas deve ser tributada a mesma atenção reiteradas vezes assinalada para o diálogo normativo com a Constituição, pois na medida em que se amplifica ou mesmo concebe um direito fundamental, é preciso verificar se outro não sofre turbacão, caso em que o exercício de ponderacão já explicitado para as leis restritivas terá igual aplicacão.<sup>132</sup>

Da mesma maneira, é defeso ao legislador infraconstitucional desnaturar o núcleo essencial do direito fundamental a pretexto de alargá-lo. No mister de emprestar-lhe maior efetividade à luz da cada momento histórico, a intervençao legal ampliativa de direito fundamental deve partir da concepçao inaugural idealizada pelo legislador constituinte, com a previdência de não desvirtuá-la. A propósito desse tema, ilustrativo julgamento do Tribunal Constitucional Português

---

utilizado na concretizacão e na delimitacão do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na revelacão de direitos fundamentais não escritos. É nesta linha de entendimento que pode afirmar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana ‘confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais’ [JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra, 2008, pág. 197]” (Acórdão n. 101/2009, Processo n. 963/06, Pleno, Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, 03/03/2009).

<sup>131</sup>HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 195-196.

<sup>132</sup>Pressuposto da criação de novos direitos é seu potencial de convivência harmoniosa com outros (Cf. OTERO, Paulo. *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*. In: AB BNO AD OMNES. *75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 1063.).

versando a constitucionalidade de Lei que estendeu o direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo, reconhecendo higidez ao alargamento após auscultar o núcleo essencial a fim de verificar eventual desvio – sem prejuízo de percucientes votos vencidos, inclusive a considerar ter havido verdadeira “mutação constitucional” com a admissão da Lei questionada.<sup>133</sup>

Abra-se um parêntese, todavia, para admitir que em dadas situações a Lei não opera propriamente ampliação ou reconhecimento de “novo direito”, mas encerra uma espécie de “transmutação hermenêutica” a colorir “novos conteúdos e funções dos direitos fundamentais já consagrados”.<sup>134</sup> A esse respeito, invoca-se julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal Brasileiro acerca da denominada Lei da Biossegurança, nomeadamente quanto à ampliação da liberdade de expressão científica para contemplar pesquisas com células-tronco embrionárias, haja vista questionamento sobre possível violação do direito à vida.<sup>135</sup>

Lei ampliativa supressora de restrição constitucionalmente imposta. Como asseverado, princípio básico do diálogo normativo entre Lei ampliativa e Constituição está na impossibilidade daquela afrontar ou subverter direito, liberdade ou garantia consagrado na última, pena de flagrante inconstitucionalidade.<sup>136</sup> O problema está em saber se é dado à Lei ampliar o exercício de liberdade ou direito fundamental de modo a suprimir restrição imposta pela própria Constituição.

<sup>133</sup> “O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria” (Acórdão nº 121/2010 – Proc. nº 192/2010, Pleno, Rel. Conselheiro Vítor Gomes, dj. 08/04/2010).

<sup>134</sup> Cf. SARLET, Ingo W. *Dignidade...*, cit., p. 78.

<sup>135</sup> “O termo ‘ciência’, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de no IV do título VIII). A regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos” (ADI n. 3510/DF, Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO, d.j. 29/05/2008).

<sup>136</sup> Cf. OTERO, Paulo. Cit., p. 1064. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 201.

Veja-se o exemplo da disciplina na Constituição Brasileira acerca do direito à reunião, com indicações expressas sobre as restrições ao seu exercício, a saber: ajuntamento pacífico, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, “sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (art. 5º, inc. XVI, CF). Seria inconstitucional Lei que versasse ampliativamente o exercício do direito nos moldes estabelecidos pela Constituição, com dispensa à necessidade de aviso prévio à autoridade competente? Em princípio, sim. Com esteio na premissa de que as restrições devem ser tidas como exceção, é possível inferir que a opção do legislador constituinte pela imprescindibilidade do aviso prévio tenha objetivado proteger outros direitos, propiciando ao Poder Público aquilatar a necessidade de reforço na segurança, remanejo do trânsito ou providências administrativas diversas capazes de não apenas viabilizar o exercício do direito de reunião, mas resguardar a incolumidade e a mobilidade públicas. Daí que a dispensa legal do aviso antecipado, a pretexto de amplificar direito fundamental, resvalaria indevidamente em outros mercedores da tutela constitucional igualmente privilegiada.

Entrementes, não se afigura recomendável uma resposta generalista sobre a constitucionalidade ou não de Lei que extravaze o exercício de direito fundamental para além dos limites que lhe foram impregnados pela Constituição – até em função da necessidade de sua adaptação aos tempos.<sup>137</sup> Ainda com olhos sobre a Brasileira, que estabelece ao Estado o dever de prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inc. LXXIV), parece não ser possível afirmar de maneira categórica a inconstitucionalidade de Lei que assegure a gratuidade de maneira incondicional, fulcrada em novel perspectiva sobre o direito de acesso à justiça.

---

<sup>137</sup> Quiçá seja possível conjecturar até que ponto o maior dinamismo da Lei, tornando-a mais rente à realidade social, não pode incentivar revisita às tradicionais interpretações das disposições existentes de sorte a adaptá-las e atualizá-las, ensejando verdadeira mutação constitucional (sobre o tema da “mutação”, percucientes apontamentos em SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución – una aproximación al origen del concepto*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 125 e segs., ene./abr. 2000.).

### 4.3.1. Leis criativas ou ampliativas sucedidas de restritivas

Outra questão a ponderar diz respeito à possibilidade de restrição legal a direito fundamental criado ou ampliado por Lei anterior. Adotado o pressuposto de que mesmo às leis criativas se estende o regime material que blinda os direitos fundamentais positivados na Constituição, a autorização para restrição não pode ter espeque no mero apontamento de posterioridade.<sup>138,139</sup> Nesta senda, aresto revelador do Tribunal Constitucional Português estendendo aos direitos fundamentais legais a proteção constitucional típica dos direitos, liberdades e garantias com assento constitucional, quando desfrutem natureza idêntica ou análoga.<sup>140</sup> Ademais, frise-se que na maioria dos casos não se está propriamente diante de direitos fundamentais calcados unicamente em Lei, mas, sim, de “direitos com fundamento (ao menos implícito) e hierarquia constitucionais, regulamentados pelo legislador”.<sup>141</sup> De fato, impregnadas de fundamentalidade por se enxertarem no sentido da Constituição material, leis ampliativas ou criativas passam a “fazer corpo com os demais direitos fundamentais”, não admitindo pura e simples revogação.<sup>142</sup>

Já no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais, a questão costuma ganhar conotações diversas, especialmente em tempos de crise financeira. Embora reconhecendo a impossibilidade de afronte imponderado pelo legislador ordinário a diplomas pretéritos que hajam concretizado ou expandido direitos sociais de aura fundamental, são

---

<sup>138</sup>Para Jorge Miranda, diante de um direito fundamental criado pelo legislador ordinário, “por refletir o sentido próprio da Constituição material, e como sua formulação pode representar mais um passo na realização desta, suprimi-lo parece só ser compaginável com uma inflexão desse sentido” (*Manual...*, IV, cit., p.)

<sup>139</sup>Jorge Bacelar Gouveia, por sua vez, assinala o lugar de relevo ocupado pelos atos legislativos que versem direitos fundamentais, relembrando a previsão das “leis de valor reforçado” do artigo 112, 3, da CRP (*Manual...*, cit., p. 1098-1099), outra armadura a considerar para a Lei ampliativa ou inovadora perante posteriores leis restritivas.

<sup>140</sup>“Em suma, por menos exigente que se seja quanto à medida em que o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias é aplicável aos direitos análogos de origem legal, sempre restará, como mínimo irremissível, a proibição das restrições injustificadas ou desproporcionadas. Um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias constitucionais não pode, só por ter origem legal, ser livremente ou desmesuradamente comprimido (muito menos, aniquilado) por via de outra lei” (TCP - Acórdão n. 51/87, Proc. n.º 151/86, 1.ª Secção, Rel. Conselheiro Vital Moreira, dj. 14/02/87).

<sup>141</sup>SARLET, Ingo W. *Dignidade...*, cit., p. 75-76.

<sup>142</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 327.

cada vez mais frequentes os julgados que aceitam sua diminuição com espreque no argumento da reserva do financeiramente possível.<sup>143,144</sup>

Contudo, não se pode deixar de ponderar acerca dos princípios da confiança e vedação ao retrocesso de modo a não se legitimar, sem mais reserva, a invocação da reserva do possível.<sup>145</sup> Tampouco perder de vista a máxima de que “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”.<sup>146</sup>

## 5. Considerações finais

De suma relevância o estudo cuidado sobre a simbiose entre Lei e Constituição na normação de direitos, liberdades e garantias, auscultando os pressupostos desse verdadeiro diálogo normativo a ser pauta-do, essencialmente, pela soberania da Lei Fundamental. Nessa tessitura, incumbe primacialmente ao legislador ordinário, na consonância

---

<sup>143</sup>No apanhado da jurisprudência constitucional portuguesa, Jorge Reis Novais explicita sua evolução e critica a involução nos julgados sobre sucessivas alterações legislativas de conteúdo restritivo (*Direitos Sociais...*, cit., p. 377 e segs.).

<sup>144</sup>Sobre o tema, é de conferir argumentação do Tribunal Constitucional Português sobre a superveniência de Lei que alterou negativamente o regime de aposentação e o cálculo das pensões no serviço público: “a mera sucessão de leis no tempo em matéria de segurança social não é, em geral, passível de afectar o próprio direito à segurança social ‘como um todo’, salvo os casos em que esteja em causa o mínimo de existência condigna, o que não sucede na situação em análise, em que as alterações legislativas estão muito longe de traduzir uma supressão da protecção mínima àqueles que, por força da idade, perderam a capacidade de auferir rendimentos pelo trabalho. O direito à segurança social não é, de modo algum, um direito imune à possibilidade de conformação legislativa. As condições de acesso ao direito à aposentação e a concreta forma de cálculo das respectivas pensões não são intocáveis pelo legislador, podendo este legislar de modo a definir tais condições e tal valor” (Acórdão no 3/2010 – Proc. nº 176/09, Pleno, Rel. Conselheiro João Cura Mariano, dj. 06/01/2010).

<sup>145</sup>Por acreditar que a atuação do legislador na concretização dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, garantias ou sociais, integra seu respectivo conteúdo, Jorge Reis Novais defende que uma alteração posterior negativa passa a ser “dogmaticamente configurável como restrição a direitos fundamentais e, nessa medida, a sujeitar-se às respectivas possibilidades de controlo judicial efectivo” (Ibidem, p. 154 e 282).

<sup>146</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV, cit., p. 495. E segundo Luís Roberto Barroso, na doutrina brasileira também começa a ganhar curso a invocação do princípio da vedação ao retrocesso para considerar que se uma Lei regulamenta mandamento constitucional, instituindo determinado direito, “ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido” (op. cit., p. 158). Da doutrina peruana, a nota de “especialidade” atribuída às leis incumbidas da disciplina de temas sensíveis, como os direitos fundamentais, a determinar norma de idêntica estatura à sua modificação (Cf. BELAUNDE, Domingo García. *Constitución y política*. 3. ed. rev. Lima: 2007. p. 150-151. Disponível em: <<http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/ConstitucionyPolitica.pdf>>).

da afetação que pretende imprimir ao direito fundamental, resguardo estrito ao seu conteúdo essencial,<sup>147</sup> além de evidenciar a finalidade de satisfação às exigências do bem comum para justificar sua atuação, pena de restar desafiada a Constituição.<sup>148</sup>

E na conformidade do grau de tangência do diploma legal com os direitos, liberdades e garantias correlatas, haverá também de atentar a legislação infraconstitucional para outros pressupostos igualmente essenciais ao bom termo da interação. Com efeito, nas hipóteses de conformação, sobressai a vedação à inovação de conteúdo.<sup>149</sup> De resto, a sempre respeitosa observância aos direitos, liberdades e garantias lindeiros, requisito comum às leis que ampliam ou precursionam a fundamentalidade. Acerca das leis que importam restrições, inclusive aquelas que assim operam de maneira lateral – ou seja, embora editadas com o propósito de regulamentar temas diversos, terminam por diminuir garantias –, haverão de pautar-se pela compatibilização entre direitos e garantias tutelados em idêntico ou superior patamar,<sup>150</sup> além de extraírem fundamento da Constituição, limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, ostentarem revestimento geral e abstrato e evitarem efeito retroativo.

Essas as bases sobre as quais deverá soerguer-se a Lei não apenas para conformar ou restringir liberdades, garantias e direitos fundamentais, mas também expandi-los ou até edificá-los, tudo sem prejuízo de tributar o devido respeito à supremacia da Constituição.

---

<sup>147</sup>Cf. JELLINEK, Giorgio. *Teoria...*, cit., p. 351.

<sup>148</sup>Cf. CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000. p. 389.

<sup>149</sup>Cf. PALADIN, Livio. Op. cit., p. 573.

<sup>150</sup>Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., p. 359-361 e passim.



## Referências bibliográficas

ABRAHÃO, Marcela Rosa. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Resenha. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 6, n. 18, p. 266-290, jan./mar. 2012.

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). *O livre arbitrio*. Tradução de António Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1986.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los limites de los derechos fundamentales., *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 14, p. 9-34, ene.-abr. 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

AÑÓN, Maria José. Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 40, p. 25-36, 2002.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Tradução de Rodrigo B. Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987.

BARBAS HOMEM, António Pedro. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da FDUL, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOROWISK, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 59, p. 29-56, mayo-agosto 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º, parágrafos 1º ao 3º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327-338.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. tomo I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

CASEY, James. *Constitutional Law in Ireland*. Dublin: Round Hall, 2000.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. *Revista de Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRUZ VILLALON, Pedro. La Carta de Derechos y la Constitución Española. *Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, Madrid, n. 12, p. 3-24, jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho natural – introducción filosófica al derecho*. 5. ed. aum. Madrid: Ceura, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal – sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica, 1993.

GIERKE, Otton. *La función social del derecho privado*. Tradução de José M. N. Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

GOUVEIA, José Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas, 1995.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Legislação de direitos fundamentais*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2004.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

\_\_\_\_\_. *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Milano: Giuffrè, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, [19--].

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Escritos políticos*. Tradução de Wenceslao Roces. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1983. p. 137.

JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Mexico, DF: FCE, 2000.

\_\_\_\_\_. *Diritti pubblici subbietivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing Constitution*. Oxford: University Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Lecciones de ética*. Tradução de Roberto R. Aramayo y Concha R. Panadero. Barcelona: Critica, 1988. p. 68-69.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar, 1955.

MATHIEU, Bertrand. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira, com alguns ecos no debate constitucional francês. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 47-50.

MELO, A. Barbosa de; COSTA, J. M. Cardoso da; ANDRADE, J. C. Vieira de. *Estudo e projecto de revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 126.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Tomo IV – Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167-176.

\_\_\_\_\_.; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

\_\_\_\_\_. ‘Inviolabilidade do domicílio’, in separata de Jurisprudência Crítica. Coimbra: 1974.

\_\_\_\_\_. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: ESTUDOS em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Coimbra: Coimbra, 2001. (separata).

\_\_\_\_\_. *Legislação sobre direitos, liberdades e garantias*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1978.

MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAL, Antonio Torres del. *Principios de derecho constitucional español*. 3. ed. ren. Madrid: Servicio de Publicacione de La Faculdade de Derecho, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: AB BNO AD OMNES. *75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra, 1998.

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998.

PECES-BARBA MARTINÉZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

REDLICH, Norman; SCHWARTZ, Bernard; ATTANASIO, John. *Understanding constitutional law*. New York: Matthew Bender & CO, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, [19--].

RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A. M. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 333-356.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco et al. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 409-474.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución – uma aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 105-135, ene.-abr. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana e novos direitos. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, 2a série, n. 2, p. 259-274, abr.-jun. 1987. (separata).

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, José Ferreira Marnoco e. *Constituição política da República Portuguesa – comentario*. Coimbra: F. França Amado Editor, 1913.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.