



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira

The fundamental rights system and its opening in the Brazilian constitutional order

OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO ^{1,*}

¹ Centro Universitário Estácio de Sá de Goiás (Goiânia, Goiás, Brasil)

osvaldopesquisador@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-0926-7046>

Recebido/Received: 25.11.2021 / November 25th, 2021

Aprovado/Approved: 19.04.2022 / April 19th, 2022

Resumo

A pesquisa empreendida apresenta como ponto fulcral estudar o sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. Os direitos fundamentais ao constituir densificações da dignidade da pessoa humana, participam da construção da identidade do Estado Constitucional; há aqui um vínculo de implicação e dependência recíproca; sem direitos fundamentais não há Estado Constitucional e, foral de tal modelo, os direitos fundamentais não encontram as condições para sua garantia e concretização. A previsão de cláusulas de abertura estão longe de exaurir as vias do reconhecimento do caráter aberto do sistema jusfundamental do Estado Constitucional. O fenômeno da abertura de que se cogita nesta pesquisa é bem mais amplo e abrangente, traz a lume a necessidade permanente de atualização do sistema jusfundamental em prol da dignidade da pessoa humana. O itinerário investigativo é produto de reflexão crítica, inovadora e inclinada aos valores da ética, da justiça, da moral e da dignidade da pessoa humana nos quais se assentam todos os seus resultados alcançados.

Abstract

The research undertaken as a central point the study of the system of fundamental rights and its opening in the Brazilian constitutional order. The fundamental rights in constituting densification of the dignity of the human person, participate in the construction of the identity of the Constitutional State; there is a bond of implication and reciprocal dependence here; without fundamental rights there is no Constitutional State and, under such a model, fundamental rights do not find the conditions for their guarantee and fulfillment. The provision of opening clauses is far from exhausting the ways of recognizing the open character of the constitutional state's fundamental system. The phenomenon of openness that is considered in this research is much broader and more encompassing, it brings to light the permanent need to update the jusfundamental system in favor of the dignity of the human person. The investigative itinerary is the product of critical reflection, innovative and inclined to the values of ethics, justice, morals and the dignity of the human person on which all the results achieved are based.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 137-172, jan./abr. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i1.83825.

* Professor universitário do Centro Universitário Estácio de Sá de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Pós-doutor e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-doutor em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: osvaldopesquisador@gmail.com.

Palavras-chave: Estado Constitucional; sistema de direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; abertura jusfundamental; humanidade.

Keywords: *Constitutional State; fundamental rights system; dignity of human person; jusfundamental opening; humanity.*

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O significado de Estado Constitucional; **3.** A caracterização dos direitos fundamentais no Estado Constitucional; **4.** Traços característicos da abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional; **5.** Funções da abertura; **6.** A abertura do sistema jusfundamental ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; **7.** Conclusão; **8.** Referências.

“[...] não se deve pretender de um jurista nos dias de hoje um conhecimento enciclopédico do Direito, devendo antes exigir-se-lhe que seja capaz de compreender a sociedade, que pense os problemas jurídicos, que saiba trabalhar em equipe e exprimir-se oralmente e por escrito, que conheça as traves mestras do sistema jurídico nacional, europeu e internacional, e que esteja apto a continuar a aprender, a atualizar-se e a especializar-se.” Rui Medeiros¹

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, densificações da dignidade da pessoa humana, participam da construção da identidade do Estado Constitucional. Há aqui um vínculo de implicação e dependência recíproca: sem direitos fundamentais não há Estado Constitucional e, fora de tal modelo, os direitos fundamentais não encontram as condições para sua garantia e concretização. Nessa configuração estatal, esses direitos não se esgotam na dimensão subjetiva – possuem força irradiante para todo o sistema jurídico ao vincular os Poderes do Estado, tampouco se restringem aos direitos de liberdade [civis e políticos] ou mesmo a direitos sociais mínimos – pretendem englobar as potencialidades expansivas da dignidade humana.

Impende dizer que apesar do avanço ocorrido na positivação e efetivação dos direitos fundamentais, não se pode afirmar que esses estejam livres de ameaças ou que supram as demandas de proteção e promoção colocadas pela dignidade, novas realidades históricas impulsionam demandas inéditas, apresentam novos desafios para os direitos fundamentais e atualizam outros já conhecidos. Se, como se verifica, a realidade cambiante traz novas ameaças à dignidade da pessoa humana – dignidade cujo respeito juridicizou-se no quadro do Estado Constitucional – e, simultaneamente, aponta suas potencialidades inexploradas, justifica-se a natureza aberta do sistema de direitos fundamentais.

¹ MEDEIROS, Rui. **Direito Constitucional:** ensinar e investigar. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 8.

A questão da abertura do sistema de direitos fundamentais necessariamente remete para as chamadas cláusulas de abertura, cujo antecedente mais remoto encontra-se no IX Aditamento à Constituição norte-americana e data de 1791. Mesmo marcada por idiosincrasias ligadas ao processo de independência e estruturação da federação norte-americana, essa cláusula fez história [que não será aqui explorada] e influenciou a Constituição brasileira de 1891 por meio da qual alcançou também a Constituição portuguesa de 1911. Percebe-se que que nos Estados Unidos da América, inicialmente, não se verificaram grandes consequências do IX Aditamento, situação que mudou após o julgamento *Griswold versus Connecticut* com o qual os designados “*unenumerated rights*” tornaram-se questão constitucional relevante, delineando-se tendências contraditórias acerca de uma efetiva abertura a novos direitos.²

Em Portugal, a doutrina registra algumas construções profícuas, mas que obviamente não esgotam a questão. Diversos autores tratam do tema ao aceitar, em geral, a descoberta de novos direitos fundamentais trazidos pelas fontes indicadas no artigo 16, n. 1 da Constituição da República Portuguesa de 1976 [CRP/1976]. Encontram-se, no entanto, divergências significativas principalmente quanto à abrangência da abertura e ao regime aplicável aos direitos por ela abarcados.³ Dentre essas construções, destaca-se a dos “*direitos fundamentais atípicos*”, de Jorge Bacelar Gouveia ao afirmar a positivação tipológica dos direitos fundamentais na CRP/1976 e a existência de direitos não incluídos nessa tipologia.⁴ Iguamente digna de nota é a proposta de Paulo Otero, segundo a qual deve haver um entendimento da “*não tipicidade dos direitos fundamentais*” irredutível a uma dimensão futura de criação de novos direitos, mas abrangente também de uma projeção pretérita para abarcar “*velhos direitos fundamentais*”.⁵ Merece registro, ademais, o entendimento de José de Melo Alexandrino, para quem a cláusula aberta portuguesa não serve propriamente para criar novos direitos, mas para direcionar a interpretação de modo que não fosse negativa nos silêncios da Constituição.⁶

A doutrina brasileira não tem dado tratamento mais profundo à questão no que tange à variada problemática levantada no cenário português – como o regime dos

² GOUVEIA, Jorge Bacelar. **A cláusula aberta de direitos fundamentais**. Relatório de Mestrado. Disciplina Direito Constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990. p. 102–108; GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 184–186.

³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Tomo 4. p.162–163; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403–404; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 69; GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 301–305.

⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 40–55.

⁵ OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. In: VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo Freitas do; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). **Ab Vno Ad Omnes 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1061–1090.

⁶ ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 374–375, 381–387.

direitos fundamentais que entram pela cláusula aberta, seu *status* na hierarquia normativa e a amplitude da abertura, dentre outros aspectos –, talvez por partir da literalidade do preceito, limitando-se, em regra, a afirmar a possibilidade de serem reconhecidos direitos fundamentais que não figuram explicitamente no texto constitucional.⁷ **Não obstante essa observação, deve ser realizada a contribuição significativa de Ingo Wolfgang Sarlet.**⁸ Cabe salientar que aqueles que se debruçam sobre a seara do Direito Internacional Público e, em especial, acerca dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos atentam sobremodo sobre a questão da abertura do sistema jusfundamental.⁹

Diante desse tratamento da abertura, muitas vezes identificada com a previsão de cláusulas abertas expressas, justifica-se, mais uma vez, a necessidade de enfrentamento do tema. A previsão de cláusulas de abertura, que levam ao reconhecimento de fundamentalidade material a direitos sem fundamentalidade formal, não tem efetivamente garantido, por si só, o reconhecimento de novos direitos. Na verdade, as cláusulas de abertura estão longe de exaurir as vias do reconhecimento do caráter aberto do sistema jusfundamental do Estado Constitucional. O fenômeno da abertura de que se cogita nesta pesquisa é bem mais amplo e abrangente, traz a lume a necessidade permanente de atualização do sistema jusfundamental em prol da dignidade da pessoa humana.

Assim, nesta ordem de ideias, surge o problema sobre o qual recai a pesquisa: é possível afirmar e sustentar que a abertura é elemento inerente e necessário no sistema de direitos fundamentais? Foi por recorrer a subsídios concretos hauridos principalmente na ordem jurídica brasileira e ao considerar outras ordens [sobre

A partir dos resultados analíticos, objetiva-se apresentar algumas incursões dogmáticas ao expor as premissas da análise genérica do estado Constitucional, no qual a Constituição tem papel essencial, necessariamente habitada, para além da arquitetura estatal, pelos direitos fundamentais. Examina-se especificamente o sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional, sem dele efetuar uma exposição exaustiva. Além disso, empenha-se em explorar propriamente a abertura do sistema jusfundamental, seja como elemento da construção abstrata, seja como ilustração concreta

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 329–344.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34, 106; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151–163; RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. II e III.

a partir do sistema brasileiro. Ocupar-se-á, pois, sobre a caracterização e afirmação da abertura como elemento do sistema jusfundamental do Estado Constitucional.

O embasamento teórico para esta pesquisa [ou investigação] recorre a um largo quantitativo de contribuições, efetivamente plurais ao abarcar pensadores do Direito de várias nacionalidades e situados em diferentes espaços teóricos multifacetados – o pluralismo teórico–metodológico ao se acreditar que não redundará em ecletismo, visto que se fará um esforço no sentido de pensar de forma sistemática e coerente, assim como não serão escamoteadas as eventuais divergências e discrepâncias. O rol de autores que serão selecionados e, por seu turno, referidos ao longo do texto dissertativo, sinalizará que a investigação ao iniciar seu trajeto sob uma hipótese clara e inequívoca não se prenderá a qualquer preocupação fundamentalista de privilegiar uma ou outra perspectiva determinada.

Em relação à metodologia empregada, adota-se o método dialético como método de abordagem, pois por força deste método empreender-se-á uma interpretação dinâmica dos delineamentos do sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional ao considerar que as questões jurídicas, internacionais, políticas e sociais, no contexto da proposta temática, precisam ser entendidas em sua relação com aspectos também políticos, jurídicos, internacionais etc. Nesta ordem de ideias, a dialética privilegia as dinâmicas e transformações qualitativas dos fenômenos, pois os fatos ou práticas constitucionais não podem ser compreendidos isoladamente, mas, sim, serem percebidos numa ordenação sistêmica¹⁰ e na *processualidade* inerente a eles.¹¹ A metodologia de abordagem está centrada em análise qualitativa de literatura especializada ao ter em vista o mapeamento do estado da arte.¹² Assim, a investigação também assume caráter exploratório e teve como critério de seleção de sua amostragem,

¹⁰ Pode-se ilustrar e exemplificar que no sistema democrático atual não há, em rigor, solução única correta de problemas jurídicos ao considerar que o sistema jurídico, seja no campo constitucional ou no de Direito Internacional, por exemplo, é aberto, dialógico e de caráter histórico não linear, assim como inexistente princípio jurídico absoluto. Contudo, não quer dizer que a relatividade implique sua debilidade eficaz; ao contrário, acarreta, em tese, o fortalecimento mútuo dos princípios e provoca – ou deveria provocar – uma revisão categorial das regras, compreendidas na circularidade dialética com os princípios. Nesse sentido, conferir: FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 322–323, 353–354.

¹¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano–Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; FARIAS, José Fernando de Castro; OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. **Filosofia do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 289–310.

¹² As locuções “estado da arte” ou “estado do conhecimento” podem ser conceituadas “[...] como de caráter bibliográfico, elas parecem trazer em comum o desafio de mapear e de discutir uma certa produção acadêmica em diferentes campos do conhecimento, tentando responder que aspectos e dimensões vêm sendo destacados e privilegiados em diferentes épocas e lugares, de que formas e em que condições têm sido produzidas certas dissertações de mestrado, teses de doutorado, publicações em periódicos e comunicações em anais de congressos e de seminários. Também são reconhecidas por realizar em uma metodologia de caráter inventariante e descritivo da produção acadêmica e científica sobre o tema que busca investigar, à luz de categorias e facetas que se caracterizam enquanto tais em cada trabalho e no conjunto deles, sob os quais o fenômeno

isto é, do Arquivo textual constituído para interpretação quanto à autocompreensão do pensamento jurídico especializado em Direito Constitucional, algo análogo àquilo que se indica no contexto de investigações pautadas na “*amostragem em bola de neve*” [snowball sampling].¹³ Essa técnica direcionou a textualidade da presente investigação no sentido de que, da leitura inicial das publicações renomadas tidas por referência no assunto, identificou-se uma série de outros textos, referenciados nessas publicações, os quais também foram objeto de análise e por sua vez descortinaram outros textos para seleção do Arquivo da pesquisa.

Nesse contexto foram privilegiadas, quanto às fontes consultadas, no quadro do objeto de estudo escolhido e delimitado, as obras consideradas como mais importantes ao atentar-se com o maior desvelo possível para a atualidade e repercussão dessas obras na comunidade jurídica especializada. Complementarmente, a pesquisa foi direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo material nos idiomas inglês, espanhol e português [abarcando obras brasileiras e portuguesas], descortinada pela supraindicada técnica da *amostragem em bola de neve*. Concentraram-se todas as sinergias [levantamento de melhores textos representativos do estado da arte] sob a exaustiva sistematização dos elementos teóricos, jurídicos e metodológicos neles presentes a fim de erigir um mapeamento límpido e, na ciência de sua incompletude e limitação, submetê-lo ao debate e à crítica.

Reitere-se, portanto, que todos os dados das fontes consultadas ao se fazer alusão estarão imediatamente disponíveis à medida que a leitura venha se desenvolver no texto dissertativo resultante da investigação concretizada.

Em desfecho ao presente estudo, serão apresentadas as conclusões que sintetizarão as ideias centrais expressadas ao longo desta investigação empreendida.

2. O SIGNIFICADO DE ESTADO CONSTITUCIONAL

Uma concepção nuclear deste trabalho é o que vai ser denominada, nos contornos desta pesquisa acadêmica, de Estado Constitucional, designação sintética do Estado Democrático e Social de Direito.¹⁴ O Estado Constitucional, em primeiro lugar, é aquele cuja estruturação se encontra em uma Constituição e vem acompanhada,

passa a ser analisado”. FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. As pesquisas denominadas “estado da arte”. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas (SP), ano 23, n. 79, p. 258, ago. 2002.

¹³ VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate em aberto. **Revista Temáticas**. Campinas (SP), v. 22, n. 44, p. 203–220, ago./dez. 2014.

¹⁴ Entendemos mais adequada utilizar as expressões *Democrático* e *Social* qualificando o Estado e não o Direito, pois ambas as locuções irradiam os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e a busca de realização de objetivos de justiça social.

necessariamente, pela previsão e garantia de direitos fundamentais;¹⁵ Estado cujo poder se limita pela Constituição e encontra fundamento nos direitos fundamentais.¹⁶ O papel da Constituição, nesse modelo estatal, é fundamental, já que é em tal documento que se firma o estatuto relacional dos indivíduos com o Estado e entre si, bem como se estrutura o próprio Estado.¹⁷ A Constituição é o topo da ordem jurídica do Estado Constitucional ao congregarem em si as decisões mais importantes da comunidade política.¹⁸

O que se deseja enfatizar é a natureza normativa, ou seja, entender a Constituição como verdadeira norma jurídica neste modelo;¹⁹ uma Constituição normativa é aquela que efetivamente domina o processo político ao garantir o seu desenrolar democrático e, além disso, regula, em certa medida, os direitos fundamentais, não apenas os enunciando.²⁰ Além disso, uma das características que melhor define o atual Estado Constitucional é a imposição ao Estado de proteger os direitos, mesmo que o realize à margem da lei ou inclusive em posição/condição que supere os parâmetros da legalidade, visto que não se trata da eficácia dos direitos fundamentais na medida e nos termos demarcados na lei, mas se consubstancia na eficácia dos direitos fundamentais na medida e nos termos estabelecidos na Constituição.²¹ Em alusão ao princípio da supremacia da Constituição implica que as normas constitucionais e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de modo que todos os demais atos normativos, tais como os atos do Poder

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1440.

¹⁶ Nesse sentido: OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 541–542; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60–61.

¹⁷ Para as tarefas e significado da Constituição e sua compreensão como ordem jurídico-fundamental da comunidade, veja-se: HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (edit.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 2–9. Ainda, sobre o tema conferir: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 39–41. Para um tratamento da Constituição no Estado Constitucional, com indicação bibliográfica, veja-se: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 165–352.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 115. Sobre as funções da Constituição, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1438–1441.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1130; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 40–61.

²⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 196.

²¹ ROIG, María José Añón. *Derechos fundamentales y Estado Constitucional*. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, València (ES), n. 40, p. 28, 2002.

Executivo e do Poder Judiciário, mas também todo e qualquer ato jurídico devem ter como critério de medida a Constituição e os direitos fundamentais.²²

Ademais, é preciso registrar a concepção que é adotada sobre o papel da Constituição no que tem sido designado de Estado Constitucional. Pode-se conceber a Constituição como conjunto normativo que não se coloca acima do Poder Legislativo constituído do Estado, ou seja, a Constituição não reprime [não refreia] a soberania do Parlamento. Diversamente, a Constituição pode ser apreendida [captada] como lei fundamental do Estado e igualmente da sociedade ao considerar, pois, a atividade legislativa como instrumento de realização da Constituição.²³ Há, ainda, a possibilidade de se pensar a Constituição como moldura ao desempenhar o sentido de limitar a atividade legislativa que se desenvolve dentro dessa moldura ou marco. Como se percebe, essas concepções possuem substancial impacto sobre o tratamento do tema deste relatório de investigação. Não vai aqui se ocupar deste complexo aspecto ao assentar tão somente o ponto de partida e desenvolver, por sua vez, outras categorias atinentes ao tratamento do tema.²⁴

A Constituição é peça-chave no Estado Constitucional. Cercado por uma profunda pluralidade social que o caracteriza, associado a um monismo de fundamento da legitimidade política e, por demais, arraigado pela afirmação do princípio democrático,²⁵ na titularidade do poder pelo povo,²⁶ pode-se dizer que a Constituição aparece como norma parametrizante a fim de garantir a unidade do Estado e dirigir o processo político.²⁷

Nas atuais sociedades pluralistas, constituídas por grupos diversos que lutam em benefício de seus interesses e são movidos por valores [ou ideologias] muitas vezes conflitantes, a Constituição não coloca todas as decisões fundamentais num sentido absoluto e rígido, ela estabelece as premissas fundamentais da vida da comunidade política e baliza a convivência social daqueles grupos com parâmetros substanciais e

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 224.

²³ Nesse sentido: PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 39.

²⁴ Na doutrina brasileira, ao esboçar detidamente sobre a moldura constitucional e seus desdobramentos, com indicações bibliográficas, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107–116.

²⁵ Ernst Benda ensina que a democracia não é uma ordem quase religiosa, mas uma ordem humana; o Estado de Direito é a ordem em que um povo politicamente maduro reconhece seus limites. BENDA, Ernst. *El Estado Social de Derecho*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (edit.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 496.

²⁶ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 75–76.

²⁷ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 81.

procedimentais para os seus enfrentamentos.²⁸ Segundo escólio de Gustavo Zagrebelsky, nas sociedades em que há certo grau de relativismo, a Constituição tem a tarefa de realizar as condições para a determinação de um projeto de vida em comum no âmbito traçado pelo compromisso constitucional.²⁹ Assim, o Estado Constitucional caracteriza-se, também, pelo pluralismo, pela heterogeneidade do Direito, o que faz com que a ordem jurídica, em sua conformação estruturalmente contraditória, e a sua unidade tenham que ser vistas como problema. A lei não é um ato impessoal, geral e abstrato que expressa interesses objetivos, coerentes, generalizáveis e racionalmente justificáveis – é instrumento utilizado pelas diversas forças políticas e sociais na defesa de interesses e valores igualmente diversos.³⁰ É com a Constituição que se intenta, sem afastar o pluralismo, atingir alguma unidade e integração da ordem jurídica e da sociedade. A Constituição é, assim, uma ordem “[...] histórico-concreta das sociedades políticas secularizadas e pluralistas”³¹ que busca ser a “[...] ordem essencial constitucional básica” diante das crescentes fraturas referentes aos valores e fins que informam o consenso constitucional.³²

Gustavo Zagrebelsky fala sobre “*ductibilidade constitucional*” para caracterizar o Estado Constitucional atual ao colocar em realce que é a política constitucional que define os resultados constitucionais históricos concretos dentro dos limites constitucionais, não se tratando simplesmente de “*executar*” a Constituição, mas de “*realizá-la*” segundo equilíbrios político-sociais cambiantes.³³ Este publicista italiano salienta, na linha do que se tem dito, que a Constituição possui uma base material pluralista, ou seja, abarca valores e princípios que não são absolutos, devem-se compatibilizar por meio dos procedimentos democráticos sob pena de a Constituição não cumprir seu papel de

²⁸ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 76.

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 13.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 38.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 115. Veja-se também em sentido próximo: AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 71–80.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1436–1437; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 35–39. José Joaquim Gomes Canotilho escreve ao criticar a ductilidade do Direito Constitucional ao tornar este claudicante “[...] não apenas na sua qualidade de Direito superior do Estado impositivo de tarefas e fins aos órgãos e titulares dos poderes públicos, mas também porque a moda das *mensagens débeis* (‘direito débil’) obriga a torná-lo um *direito reflexivo* mais apto em fornecer sugestões para o político do que a traçar autoritativamente regras normativas da política”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 186.

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 14. O autor, na página 16, ressalta que atualmente almejamos algo que é “*conceitualmente impossível, mas desejável na prática: não a prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente*”.

unidade e integração da sociedade pluralista.³⁴ Com isso, não se nega a normatividade da Constituição, pelo contrário, trata-se de reconhecê-la como Direito acima da lei e cuja função é, diante da pluralidade da sociedade que se reflete na atividade legislativa, evitar a anarquia normativa³⁵ ao garantir certa convergência quanto aos aspectos essenciais da convivência política e social, a unidade do ordenamento jurídico e a estabilidade de certos princípios e valores fundamentais.³⁶

Esse pluralismo estrutural do atual Estado Constitucional necessariamente reclama a Constituição ao trazer parâmetros materiais e procedimentais, ou seja, tem de existir alguma convergência sobre aspectos fundamentais substanciais da vida da comunidade política e, de acordo com esses, tem de ser colocado o regramento da atividade dos “*ocasionais senhores da lei*”.³⁷ A dignidade da pessoa humana ocupa o centro desses aspectos substanciais que se acham apartados da disposição do legislador e a partir dos quais a unidade do ordenamento deve ser conquistada ao tomar como fundamento os princípios e valores constitucionais.³⁸

O Estado Constitucional se estrutura pela Constituição, para além da dignidade da pessoa humana – cuja concretização essencial concentra-se, densifica-se nos direitos fundamentais –, sobre os princípios de juridicidade, democracia e socialidade. A estrutura estatal, sem dúvida, não se exaure no conteúdo desses princípios constitucionais, mas pode-se colher aí os elementos normativos essenciais da sua configuração jurídico-política.³⁹ Esses três princípios, já elucidados anteriormente, constituem elementos

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 14.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 40.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 39–40, 150–151.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 40.

³⁸ Importante, nessa quadra de exposição temática, as lições elucidativas de José Joaquim Gomes Canotilho sobre dignidade e a ideia de constitucionalização da pessoa humana. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v. 2, p. 285–296, 2012.

³⁹ Com indicações semelhantes, embora não sejam totalmente coincidentes, consultem-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 243–370, 1354; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 210–213; NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43–100; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 229–231. Consideram-se que tais princípios exprimem o que há de mais significativo na decisão de conjunto manifestada na Constituição, no sentido explicitado por José Manuel Sérvulo Correia. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002. p. 46.

do sistema normativo do Estado Constitucional com a sua natureza principiológica,⁴⁰ permitem sintetizar ao lado da dignidade da pessoa humana os vetores axiológicos essenciais desse modelo estatal,⁴¹ que poderia em razão da centralidade da dignidade da pessoa humana, ser também conhecido como Estado de Direitos Fundamentais, no sentido de Estado cuja ordem jurídico-positiva garante os direitos fundamentais⁴² ou, ainda, Estado assentado [firmado] na dignidade da pessoa humana.⁴³

Vital Moreira em esboço de estudo sobre *o futuro da Constituição* assevera que a história do constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história da sua afirmação inicial e, em seguida, do seu alargamento, construção e aperfeiçoamento dos mecanismos da sua tutela, verificando-se que o atual Estado Constitucional é cada vez mais um Estado de Direitos Fundamentais.⁴⁴

Afigura-se possível consignar que nas ordens constitucionais como a portuguesa e brasileira se verifica, mesmo na atual encruzilhada transnacional, uma crescente relevância da Constituição dos direitos, diga-se, uma Constituição dos direitos fundamentais.⁴⁵ Subsiste, porém, a questão de saber como assegurar hoje a proteção global

⁴⁰ Quando se trata de princípios no presente relatório de investigação, refere-se à noção desenvolvida especialmente por Robert Alexy o qual identifica normas com determinada estrutura, ou seja, mandados [comandos] de otimização. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 67–68. Também alerta para a necessidade de fixar o sentido em que se emprega a terminologia ante o seu caráter plurívoco. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35–37.

⁴¹ Mencionam-se “vetores axiológicos” ao fazer referência, aqui, a valores extraídos do ordenamento jurídico.

⁴² Sobre o Estado de Direito que assegura os direitos fundamentais ao ser designado, eventualmente, por “Estado de Direitos Fundamentais”, veja-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 83; OTERO, Paulo. **A democracia totalitária**: do Estado totalitário à sociedade totalitária. Cascais, PT: Princípa, 2015. p. 23, 82, 153; OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 525–527; OTERO, Paulo. Sumários de um curso de direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. XLI, n. 1, p. 419, dez. 2000; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 12.

⁴³ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011. p. 433–434; OTERO, Paulo. Sumários de um curso de direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. XLI, n. 1, p. 419, dez. 2000; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Tomo 4. p. 215, 219.

⁴⁴ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 322.

⁴⁵ Nesse sentido: MEDEIROS, Rui. **A Constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 103.

dos direitos fundamentais direitos humanos no plano internacional]⁴⁶⁻⁴⁷ da pessoa.⁴⁸ Ao considerar, por exemplo, atentados aos direitos humanos provenientes de atores privados globais que se movem na esfera transnacional e, ademais, a questão da eficácia horizontal dos direitos⁴⁹ inerentes à dignidade da pessoa humana ao adquirir, pois, uma nova dimensão dramática.⁵⁰

⁴⁶ Se houver alguma distinção semântica entre direitos fundamentais e direitos humanos, no campo pragmático não se conceberá tal diferença, pois a sua proteção e realização são indispensáveis para a preservação da dignidade humana e os respectivos direitos são válidos para todas as pessoas em todos os tempos. Em suma, enquanto os *direitos humanos* possuem a qualidade de norma moralmente justificada, ainda que não esteja reconhecida constitucionalmente, todavia imprime exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, sejam oficiais ou não; os *direitos fundamentais* consistem em normas constitucionais dotadas de valor de Direito positivo, isto é, institucionalizados por um Estado. Sobre aspectos distinguíveis entre direitos fundamentais e direitos humanos na doutrina, consultar: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59, 227; MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 14–18; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 321; TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 314, 2006; LAZZARINI, Álvaro. Cidadania e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 51; DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 25; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 752–754; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral**. 4. ed. reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 933, 935; ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. 2. ed. rev. atual. Cascais: Princípa, 2011. p. 36–37; MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 83; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 30–31; ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 58; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 33; MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 469.

⁴⁷ Gonzalo Aguilar Cavallo identifica direitos fundamentais e direitos humanos como expressões comuns, visto que o edifício total dos direitos humanos é uno, uniforme e monolítico não se projetando só na normativa constitucional, mas que abarca também a estrutura internacional. Ainda, em lapidar análise, o autor destaca que “[...] *los Derechos Humanos deben ser un principio y refuerzo tutelar de la dignidad humana de carácter supraconstitucional*” e que “[...] *los derechos fundamentales son la expresión de valores aceptados por toda la comunidad mundial*”. CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. La internacionalización del Derecho Constitucional. **Revista Estudios Constitucionales**, Talca (CL), año 5, n. 1, p. 238, 240, 243, jun. 2007.

⁴⁸ MEDEIROS, Rui. **A Constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 102.

⁴⁹ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, consultar nosso trabalho sobre o tema: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 289–548.

⁵⁰ MEDEIROS, Rui. **A Constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 102. Rui Medeiros apresenta, na referida página indicada, algumas situações jurídicas particularmente complexas em que atores privados podem violar direitos humanos [no conhecido problema do autoritarismo social] como, por exemplo, a controvérsia entre a indústria farmacêutica e as autoridades sul-africanas perante

É amplamente conhecido que, segundo anota Hannah Arendt (1906–1975), no pós-guerra:

[...] O antissemitismo (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo⁵¹ (não apenas a ditadura) – um após o outro, um mais brutalmente que o outro –, demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em nova lei na Terra, cuja vigência desta vez alcance toda a humanidade.⁵²

Nesse sentido, embora o conceito de dignidade humana tenha uma trajetória um tanto tardia nos debates no âmbito da afirmação dos direitos humanos no próprio plano do Direito Internacional,⁵³ a verdade é que, como destaca Jürgen Habermas, “[...] a dignidade humana é a expressão de um conceito fundamental e substancial do ponto de vista normativo, a partir da qual é possível deduzir os direitos humanos através da especificação de violações à mesma”.⁵⁴ A dignidade humana é, neste sentido, “[...] a fonte moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos”.⁵⁵

3. A CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado Constitucional, de modo que o sistema jurídico e político em seu conjunto venha se orientar para o respeito e para a promoção da pessoa humana em sua estrita dimensão individual [Estado Liberal de Direito] ou, ainda, tal dimensão é

o flagelo da difusão do vírus HIV na África do Sul, as graves infrações contra o meio ambiente em razão das implacáveis campanhas promovidas contra ativistas ambientais com a conivência de grandes empresas petrolíferas [acusações feitas à Shell na Nigéria], nas indesejáveis consequências do abuso da utilização de pesticidas nocivos nas plantações de banana ou, ainda, nas condições de trabalho degradantes ao admitir o recurso ao trabalho infantil – impostas, permitidas ou toleradas por grandes atores empresariais que exploram trabalhadores em certas regiões do planeta [acusações feitas à Nike ou à Apple]. Além destes, existe o fenômeno da criminalidade organizada e violenta [por exemplo, tráfico de órgãos e de seres humanos], do terrorismo internacional [por exemplo, organização terrorista Alcaida – em inglês, *Al-Qaeda* – em que se verifica a ausência de controle de arsenais militares].

⁵¹ Segundo Paulo Otero, o totalitarismo nega de modo absoluto a humanidade de cada indivíduo como pessoa, como ser infungível, irrepetível, inviolável e dotado de uma dignidade sagrada, porquanto tal modelo político abrange sempre uma ideologia oposta a um Estado de direitos fundamentais baseado no homem e a serviço do homem. OTERO, Paulo. **A democracia totalitária**: do Estado totalitário à sociedade totalitária. Cascais, PT: Príncipia, 2015. p. 23.

⁵² ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 13.

⁵³ MEDEIROS, Rui. **A Constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 105.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 27.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 27.

conjugada com a exigência de solidariedade corolário do componente social e coletivo da vida humana [Estado Social de Direito].⁵⁶

Assim, a importância dos direitos fundamentais das pessoas impulsionou um desenvolvimento gradual de sua terminologia ao passar por diversas denominações linguísticas ao longo dos anos ao desencadear, todavia, confusão de sentidos ante a existência de uma multiplicidade de intelecções imprecisas.⁵⁷ Trata-se de um termo repleto de aspectos sentimentais,⁵⁸ ideológicos e filosóficos,⁵⁹ bem como inclinado à visão subjetiva,⁶⁰ enfim, há certa dificuldade entre os estudiosos em atribuir uma natureza objetiva ao estudo dos direitos fundamentais.⁶¹

Assim, sem adotar uma teoria fundamentadora ou explicativa dos direitos fundamentais, procura-se indicar os traços marcantes da definição assumida ao justificá-la.

Nesta ordem de ideias, a compreensão aceita de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional do Estado Constitucional é a de que os direitos fundamentais são posições subjetivas de vantagem, positivadas mediante normas jurídicas com fundamento constitucional, inseridas em um modelo combinado de regras e princípios ao objetivar diretamente a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana por meio de atribuir ao indivíduos – ou a outros sujeitos de direito que venham instrumentalizar essa proteção e promoção – os meios jurídicos necessários à sua garantia, oponíveis ao Estado – ou perante terceiros por intermédio do Estado – e, ainda, por meio da conformação de toda a ordem jurídica e da parametrização da atividade estatal pelos seus conteúdos jusfundamentais.⁶²

⁵⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 20.

⁵⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 24, 27. No mesmo sentido: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 22.

⁵⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 21.

⁵⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 22.

⁶⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 23.

⁶¹ Segundo lección Jürgen Habermas: “[...] como direitos individuais ou ‘subjetivos’, os direitos humanos têm uma natureza inerentemente jurídica e são conceitualmente orientados para promulgação positiva por órgãos legislativos”. Tradução nossa. O trecho, cuja obra deste filósofo alemão foi traduzida para a língua inglesa, oferece a seguinte dicção: “[...] as individual or ‘subjective’ rights, human rights have an inherently juridical nature and are conceptually oriented toward positive enactment by legislative bodies”. HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation: political essays**. Translated by Max Pensky. Cambridge, US: The MIT Press, 2001. p. 122.

⁶² Encontra-se definição aproximada em Ingo Wolfgang Sarlet ao exibir seu conceito sob a seguinte dicção: “[...] Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição

Esta é a compreensão de direito fundamental que se lança, considerando-a como elemento nuclear do sistema de direitos fundamentais, cujo contorno definidor se apresenta na sequência.

4. TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DA ABERTURA DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Esboçada a construção sistemática dos direitos fundamentais no Estado constitucional, este artigo volta-se a explorar propriamente a abertura do sistema jusfundamental, seja como elemento da construção abstrata, seja como ilustração concreta a partir do sistema brasileiro. Ocupar-se-á, na sequência, a caracterização e afirmação da abertura como elemento do sistema jusfundamental do Estado Constitucional.

Considerando o sistema de direitos fundamentais, o problema de pesquisa que se suscitou é perquirir se a abertura é elemento inerente e necessário no sistema de direitos fundamentais. Assim, a questão que se coloca é precisamente a hipótese de trabalho tomada aqui como ponto de partida e que se pretende averiguar: em tal sistema, a abertura comparece como elemento necessário, isto é, a caracterização do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional somente se aperfeiçoa com a constatação, dentre os seus elementos, dessa abertura. A verificação dessa hipótese passa pela viabilidade de sua fundamentação e deve levar a explorar a caracterização da abertura, bem como suas vias, planos e seus modos de realização.

A abertura comparece no sistema de direitos fundamentais como elemento normativo específico, como princípio que ordena a sua atualização e adequação permanente.⁶³ Trata-se de verificar se há fundamento normativo para tal princípio implícito, se ele é inerente ao sistema jusfundamental do Estado Constitucional e qual o seu conteúdo normativo.

Encontra-se uma ideia de abertura do sistema de direitos fundamentais, em sentido geral, na construção de José de Melo Alexandrino, para quem a abertura, nesta acepção, refere-se a todo o conjunto de fenômenos e realidades para além do que, à primeira vista, resulta das disposições de direitos fundamentais da Constituição pelos

formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78. Igualmente, devemos destacar que a concepção proposta aqui foi inspirada na seguinte obra: PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 136.

⁶³ A ideia de *atualização* é encontrada no trabalho de José de Melo Alexandrino, ainda que numa menção específica à revisão constitucional. O autor consigna que o “[...] *reconstituente se sente no dever de ir atualizando*” o sistema de direitos fundamentais. ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 511.

Manifestação mais próxima de *atualização* aqui empregada pode ser encontrada em José Manuel Sérvulo Correia ao cogitar da “[...] *necessidade de evolução e adaptação do sistema*”. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002. p. 54.

quais podem ser criados, revelados, alargados, ampliados outros direitos fundamentais ou dimensões de anteriores direitos fundamentais, bens ou posições jusfundamentais protegidas. Nessa noção ampla, o autor engloba os seguintes fenômenos e realidades: **(a)** criação expressa de novos direitos fundamentais por haver regra explícita que permite direitos fundamentais não enumerados, ou seja, a cláusula aberta; **(b)** possibilidades inerentes à interpretação e concretização das normas jusfundamentais, o que começa na delimitação do âmbito de proteção, passa pela abertura interpretativa jusinternacional [prevista no artigo 16 da Constituição da República Portuguesa – CRP/1976 e vai até a adscrição de normas; **(c)** alargamento a outros direitos fundamentais por via de princípios, cláusulas e direitos gerais ou a utilização de certos recursos teóricos [propiciados pelas teorias dos princípios].⁶⁴

Encontra-se igualmente uma visão ampla e multifacetada da abertura em José Manuel Sérvulo Correia ao aludir com a seguinte proclamação frasal: “[...] *veios de integração do sistema de direitos fundamentais*”, os quais se desenvolvem dentro e fora da Constituição.⁶⁵

Ainda, no cenário português, Isabel Moreira pontifica que a cláusula aberta é apenas um dos institutos pelos quais o sistema se abre, existindo outros institutos, princípios, preceitos e técnicas que também operam esta abertura, a saber: a técnica dos direitos implícitos, o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula do Estado Democrático de Direito, o artigo 7º da CRP/1976, o artigo 8º da CRP/1976, o artigo 17 da CRP/1976, as normas e princípios de Direito Internacional geral, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, o direito ao desenvolvimento da personalidade.⁶⁶

Ingo Wolfgang Sarlet ao examinar o tratamento sobre a concreta cláusula de abertura expressa prevista na Constituição brasileira de 1988 procura avançar a concepção ampla da abertura, a qual permite vislumbrar uma via ligada à interpretação e à dedução de normas implícitas e uma via ligada à incorporação de novos direitos de matriz internacional.⁶⁷ O autor, para além desses novos direitos, cogita da “*abertura a direitos não enumerados*”, da “*dedução de posições jusfundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais*” e da “*dedução de normas de direitos*

⁶⁴ ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 384–391.

⁶⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002. p. 52–53.

⁶⁶ MOREIRA, Isabel. Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003. v. 5. p. 127–134.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 80, 83–86.

fundamentais de outras normas constitucionais".⁶⁸ O autor entende que a revelação de direitos implícitos pode significar quer a "[...] *dedução de um novo direito com base nos constantes do catálogo*", quer a extensão do âmbito de proteção de determinado direito por meio da interpretação, hipóteses nas quais não se estaria propriamente diante da criação judicial de direitos, mas de atividade hermenêutica.⁶⁹

Gregorio Peces-Barba Martínez, versando sobre as vias de abertura do sistema de direitos fundamentais, ensina que haveria um primeiro nível que seria de autorreferência na interpretação desses direitos, na qual mostra ser possível encontrar elementos internos do sistema mediante interpretação analógica ou extensiva dos direitos, pela aplicação do princípio de liberdade usado como norma geral inclusiva, por meio do recurso à jurisprudência ou outro critério fornecido pelo próprio sistema. A este canal de abertura, aduz, ademais, a abertura do sistema a "[...] *fluxos de energia e informação que vêm do entorno social, cultural e moral*". Por fim, faz referência à influência de outros ordenamentos jurídicos.⁷⁰

Relevante sublinhar que na obra do citado jurista espanhol encontra-se uma noção ampla de abertura, distintamente ao que ocorre com outros tratamentos doutrinários que, em geral, se centram na previsão expressa de abertura [a cláusula aberta ou de abertura] e partem daí para a análise da possibilidade de aceitação de novos direitos. Como se verá, esse não é o entendimento a ser predominado diante da exposição aqui aventada.

Sustenta-se a asserção de que o sistema jusfundamental do Estado Constitucional é necessariamente aberto. A análise se orienta por buscar explicitar e embasar ao desenvolver as seguintes linhas-força: **(1)** a abertura independe de preceito explícito; **(2)** a abertura excede eventuais "*cláusulas abertas*" expressamente previstas; **(3)** a abertura opera por várias vias: **(3.a)** abertura decorrente da natureza do Direito; **(3.b)** abertura decorrente de norma-princípio; **(3.c)** abertura decorrente da interação entre os planos do Direito interno estatal e do Direito Internacional e Global; **(4)** a abertura dota o sistema jusfundamental de flexibilidade e mutabilidade; **(5)** a abertura não é ilimitada.

Serão exploradas sucintamente essas ideias-força ao ter como pano de fundo a assunção de que a abertura como característica do Direito também se manifesta na

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 87-88. Nesse sentido, conferir também: ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 374-375.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

⁷⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 258.

seara jusfundamental para além da qual há a abertura como norma–princípio do sistema jusfundamental e abertura proveniente dos planos internacional e global.

A afirmação de que a abertura do sistema jusfundamental independe de previsão em preceito expresso provém da concepção de sistema jurídico,⁷¹ segundo a qual a abertura é inerente ao Direito e também comparece no sistema de direitos fundamentais.

Pode–se afirmar, pois, que a abertura existe mesmo diante da ausência de preceito específico em que se possa fundá-la; a abertura é estrutural, provém da natureza do Direito, independe de preceito que a reconheça.⁷² Dito de outro modo, a existência de uma cláusula expressa de abertura é explicitação de uma inerência do sistema de direitos fundamentais; não se coloca a abertura e a sua previsão expressa como mera técnica jurídica fruto de escolha política, porquanto não se reputa viável um sistema jusfundamental, no Estado Constitucional, composto como modelo de regras e princípios que seja fechado.⁷³

Reitera–se que existindo preceito explícito como é o caso de diversas Constituições atuais, a abertura não se esgota nessas “cláusulas abertas”, transcende–as pela sua amplitude e operatividade. Tais cláusulas aparecem como uma precipitação específica e parcial da abertura inerente ao sistema, preveem uma das manifestações de sua flexibilidade e capacidade expansiva e renovadora. A abertura constitui postulado do sistema, ou seja, o sistema tem que estar aberto ao mesmo tempo em que a abertura tem que ser balizada que, no dizer de José de Melo Alexandrino, que a abertura é “*condição existencial do sistema*”.⁷⁴

Do que restou dito, percebe–se que se compreende aqui que a abertura opera por diversas vias: **(1)** decorrente da natureza do Direito e operante principalmente no

⁷¹ O sentido de sistema jurídico aqui assumido é caracterizado pelo conjunto ordenado de normas jurídicas, dotado de unidade, com pretensão de correção [o Direito tem de pretender ser correto e justo] e, por fim, a sua abertura ao traduzir, pois, a sua incompletude, a sua capacidade de evolução e modificabilidade [a abertura reflete a natureza dinâmica do sistema, sua permeabilidade à inevitável historicidade em que se situa e se realiza]. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Restrições aos direitos fundamentais no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

⁷² Esta é a ideia encontrada também em Ingo Wolfgang Sarlet quando trata dos direitos implícitos diante da cláusula de abertura contida na Constituição brasileira: “[...] os direitos fundamentais implícitos têm, isto sim, sua existência indiretamente reconhecida pelo citado preceito constitucional [artigo 5º, § 2º da CRFB/1988 – nota nossa]. Assim sendo, tenho para mim que a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema, existindo, ou não, norma permissiva expressa neste sentido”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 93. [Grifo nosso].

⁷³ Diverge–se de Jorge Bacelar Gouveia pois este ao tratar dos “direitos fundamentais atípicos” que levam à abertura do rol de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, afirma que a sua consagração é fruto da escolha de uma técnica de positivação. GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995. p. 54.

⁷⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 369–370, 623.

plano da interpretação; **(2)** decorrente da norma–princípio que impõe aos Poderes do Estado a obrigação a obrigação de atualizar o sistema jusfundamental; **(3)** decorrente da interação entre os planos do Direito interno estatal e do Direito Internacional e Global. As diversas formas de abertura apresentadas por José de Melo Alexandrino⁷⁵ **são, desse modo**, agrupadas sob esta conformação cuja opção é adotada.

A abertura é aqui tratada num sentido amplo de atualização do sistema jusfundamental⁷⁶ em prol da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, mesmo se reconhecendo que a abertura não é unidirecional, pelo contrário, apresenta-se flexível e apta para a mudança e adaptação.⁷⁷ É preciso consignar que a história dos direitos fundamentais considerados globalmente é uma história de expansão. É o que observa Robert Alexy ao destacar que não se trata de um fenômeno verificado apenas dentro das fronteiras da Alemanha, deixando perceber que a expansão dos direitos fundamentais é uma tendência universal.⁷⁸

Embora se considere a abertura como elemento caracterizador do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional, ela não é ilimitada, encontra contraponto na clausura do próprio sistema,⁷⁹ na manutenção necessária de seu cerne identitário sem o que este se descaracterizaria como tal.

5. FUNÇÕES DA ABERTURA

Inicialmente, pode parecer estranho cogitar das funções de algo que se reputa inerente, inafastável, necessário, como é o caso da abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional. Ainda assim, ao ter em conta que a abertura se manifesta por variados mecanismos que precisam ser compreendidos, perquirir sobre suas funções torna–se inevitável.

O entendimento do Direito como produto cultural e histórico, o qual não deixa de se configurar como sistema aberto, envolve a ideia de sua incompletude e relatividade, sua historicidade e natureza dinâmica. A abertura do Direito, neste sentido, como escreve José Manuel Sérvulo Correia, é uma resposta à *“continuidade da automodificação*

⁷⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 374–385.

⁷⁶ A atualização do sistema jusfundamental tem por finalidade a plenitude do respeito à dignidade da pessoa humana e é parametrizada pelo sistema de direitos fundamentais e pelo sistema constitucional como um todo.

⁷⁷ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 258.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan–Reinard (edit.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 119.

⁷⁹ José de Melo Alexandrino assinala que a abertura e clausura são postulados do sistema. ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 543.

da sociedade e da autodefinição dos indivíduos”, diante da difícil definição de valores sociais e dos limites da racionalidade de raiz sistêmica, a abertura tem seu contributo a oferecer.⁸⁰

De fato, na contemporânea sociedade multifacetada e agregada diversamente em torno de múltiplos valores que não podem se excluir reciprocamente, mas têm que conviver se relativizando mutuamente, o Direito é aberto a várias combinações distintas desses valores. A positivação das exigências da justiça, aberta a diversas concretizações, afasta a rigidez absoluta do Direito e o orienta para a mudança permanente neste contexto de pluralismo e relatividade.⁸¹

A principal função levada a cabo pela abertura inerente ao Direito relaciona-se com a sua estruturação como sistema aberto ao ter como efeito a sua conexão com a Moral,⁸² a sua pretensão de correção e historicidade. Especificamente na seara dos direitos fundamentais, essa abertura se manifesta ao desempenhar função relevante em casos que não encontram solução totalmente pautada por parâmetros normativos objetivos e absolutos, bem como orienta a interpretação e desenvolvimento do sistema jusfundamental coerentemente. A abertura possibilita soluções fundamentadas, consentâneas com as mudanças da realidade constitucional.⁸³

Funções mais específicas podem ser relacionadas a mecanismos particulares de abertura como a “cláusula aberta” expressa. José de Melo Alexandrino ao tratar dessa cláusula lista diversas funções apontadas pela doutrina, tais como: **(a)** possibilitar a abertura a outros direitos não enumerados no texto constitucional; **(b)** viabilizar a extensão do regime de tutela dos direitos formalmente constitucionais, sobretudo os Direitos, Liberdades e Garantias [DLG]; **(c)** realizar a abertura ao futuro, a novos direitos, mas também pretérita; **(d)** não excluir a existência de direitos fundamentais contidos em normas legais ou internacionais; **(e)** estabelecer uma relação dinâmica entre o Direito natural e o Direito positivo; **(f)** desempenhar uma função próxima à do princípio *in dubio pro libertate*; **(g)** operar, pela norma de qualificação da “tipologia” constitucional dos direitos fundamentais, o reconhecimento de “direitos fundamentais atípicos”. Para este autor, a cláusula aberta da Constituição da República Portuguesa [CRP/1976] tem a função de uma “rule of construction”. A cláusula aberta portuguesa teria, assim, o objetivo de convidar o intérprete a não avaliar negativamente o silêncio da Constituição, não excluindo direitos não expressamente previstos, mas que podem ser tidos como

⁸⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002. p. 39–55.

⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 146–147.

⁸² Nesta linha de ideias, Gregorio Peces-Barba Martínez destaca a abertura do sistema de direitos fundamentais à moralidade. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 262–263.

⁸³ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 267.

implícitos; a operatividade dessa cláusula restringir-se-ia, desse modo, às fronteiras da Constituição.⁸⁴

Impende anotar, ainda, que quanto à norma de abertura, suas funções, sem dúvida, dependem da forma como se apresenta configurada em cada ordenamento concreto, se é explícita ou implicitamente formulada, se é mais ou menos extensa. Apesar dessa circunstância, é viável indicar funções que se reputam desempenhadas por essa norma, algumas mais gerais, outras mais específicas: **(1)** garantir a centralidade da pessoa humana no sistema constitucional; **(2)** garantir e promover o respeito dinâmico da dignidade da pessoa humana; **(3)** garantir a função estruturante do sistema jusfundamental no seio do sistema constitucional; **(4)** garantir a unidade da Constituição; **(5)** preservar a Constituição pela adaptabilidade; **(6)** dirigir a permanente atualização do sistema de direitos fundamentais; **(7)** impor a compreensão ampla da previsão das normas jusfundamentais; **(8)** impor a interpretação favorável à descoberta de direitos implícitos; **(9)** garantir a legitimidade das operações judiciais de descoberta de direitos implícitos ou de dedução ou adscrição de direitos a partir de normas jusfundamentais ou outras normas constitucionais; **(10)** impor e legitimar a interpretação atualizadora do sistema jusfundamental por meio da mutação constitucional; **(11)** impor a atuação legislativa – ordinária e do reformador da Constituição – atualizadora do sistema jusfundamental; **(12)** impor a aplicação judicial do Direito atualizadora do sistema jusfundamental; **(13)** impor alterações restritivas ou acomodadoras imprescindíveis a serem realizadas pelos modos referidos se imprescindíveis para a atualização do sistema jusfundamental em prol da dignidade da pessoa humana; **(14)** impor a abertura do Direito interno ao Direito Internacional.⁸⁵

6. A ABERTURA DO SISTEMA JUSFUNDAMENTAL AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A recepção de normas de Direito Internacional coloca-se como mecanismo de abertura do sistema jusfundamental porquanto, de forma consentânea com a estruturação do Estado Constitucional e seus reflexos em suas relações internacionais, a sua ordem constitucional se abre para receber tais normas.

A recepção de normas internacionais de direitos humanos prevista na Constituição [p. ex., brasileira], apresenta-se como uma autovinculação do Estado que, em

⁸⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II. p. 386–387.

⁸⁵ Nesse sentido, o nosso trabalho sobre Restrições aos Direitos Fundamentais e, agrega-se, aqui, as ilações de Luísa Cristina Pinto e Netto. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Restrições aos direitos fundamentais no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2019; PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016. p. 269–270.

primeiro lugar, ratifica tratados internacionais de direitos humanos e, em segundo lugar, incorpora em sua ordem constitucional as normas daí provenientes.⁸⁶

A recepção e incorporação de normas internacionais de direitos humanos podem operar-se segundo uma concepção monista ou dualista do Direito, pode ainda ser distinta segundo se preveja uma incorporação automática ou se exija a incorporação legislativa.⁸⁷ Contemporaneamente, a tendência dos Estados Constitucionais é distinguir o Direito Internacional dos Direitos Humanos, garantindo-lhe incorporação automática das demais normas de Direito Internacional.⁸⁸

Essa via de abertura possibilita uma aproximação dos diversos sistemas jusfundamentais concretos pela incorporação de normas internacionais e, além disso, traz proteção adicional a esses sistemas, uma vez que ancora a proteção jusfundamental interna em normas internacionais que não se colocam inteiramente à livre disposição dos Estados. Nesta ordem de ideias, essa via de abertura dinamiza e fertiliza os sistemas de direitos fundamentais nacionais ao mesmo tempo em que lhes oferta proteção reforçada.

Valério de Oliveira Mazzuoli pontifica que atualmente os direitos humanos transcendem os limites físicos da divisão dos Estados ascendendo ao plano do Direito Internacional e recebendo proteção externa e, ademais, busca-se afastar a ideia de jurisdição doméstica absoluta para dar lugar à complementaridade e ao diálogo entre as ordens interna e internacional.⁸⁹ Ainda, segundo o autor, a abertura democrática de um Estado influencia grandemente na aceitação, por esse mesmo Estado, de normas que se encontram “*fora*” do seu domínio reservado, como é o caso das normas internacionais [sobretudo aquelas de direitos humanos] e essa intensificação do diálogo entre as ordens internacional e interna é resultado da inserção de tratados internacionais de direitos humanos contemporâneos ao que Valerio Mazzuoli designa de “*cláusulas de diálogo*” ou “*vasos comunicantes*” que são cláusulas que permitem o *diálogo das fontes* internacionais e internas de proteção, como resultado prático da aplicação do princípio

⁸⁶ Anota o crescimento recente da invocação de normas internacionais nas Constituições dos Estados. PETERS, Anne. The globalization of state constitutions. In: NIJMAN, Jane; NOLLAEMPER, Andre. **New perspectives on the divide between national and international law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007. p. 294–29 [251–308].

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e atual. Parede, PT: Principia, 2009. p. 135–172.

⁸⁸ Flávia Piovesan efetua uma acurada análise sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no plano da ordem jurídico-constitucional brasileira. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151–163.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

internacional *pro homine*, isto é, a aplicação da norma mais favorável à dignidade da pessoa.⁹⁰

Jorge Miranda explica o desenvolvimento das normas de *jus cogens* [direito cogente, imperativo, vinculativo] por uma série de fatores ligados a relevantes acontecimentos históricos ante a nova consciência do primado dos direitos das pessoas após os funestos episódios provocados pelos regimes totalitários e pela Segunda Guerra Mundial e, ademais, ante as novas exigências de paz e de segurança coletiva, de modo que o renomado jurista português identifica os seguintes traços específicos das normas *jus cogens*, a saber: **(a)** o *jus cogens* faz parte do Direito Internacional geral; **(b)** o *jus cogens* pressupõe aceitação e reconhecimento; **(c)** o *jus cogens* tem de ser aceite e reconhecido pela comunidade internacional no seu conjunto, o que significa que tem de ser universal, não podendo existir um *jus cogens* regional; **(d)** o *jus cogens* possui força jurídica superior a qualquer outro princípio ou preceito de Direito Internacional; **(e)** o *jus cogens* opera *erga omnes*; **(f)** a violação do *jus cogens* envolve invalidade de norma contrária e não simplesmente responsabilidade internacional; **(g)** o *jus cogens* é evolutivo e suscetível de transformação e de enriquecimento pela aparição de novas normas.⁹¹

Percebe-se que ao tratar do que aqui se designa de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Jorge Miranda aponta que este possui uma função de garantia adicional em relação ao Direito Interno dos Estados ao promover um reforço para a proteção da pessoa humana consagrada no plano constitucional estatal. Para além disso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem uma função prospectiva, uma vez que vão criando novos direitos progressivamente impostos nos âmbitos internos.⁹²

Paulo Otero observa que cada vez mais se verifica uma “erosão do domínio reservado dos Estados” em matéria de direitos fundamentais ou humanos. O autor assinala que o Direito Constitucional dos Estados agora se vincula a uma “dimensão constitucional de raiz internacional” representativa da inafastabilidade de proteção e garantia dos direitos humanos ao formar progressivamente um “*jus commune constitucional*”.⁹³ Para Eduardo Correia Baptista, tratando-se de *jus cogens*, irrelevante a posição assumida pelas Constituições dos Estados, visto que se trata de norma internacional de aplicação obrigatória e inderrogável.⁹⁴

⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34, 106.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e atual. Parede, PT: Principia, 2009. p. 123.

⁹² MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e atual. Parede, PT: Principia, 2009. p. 290.

⁹³ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 292, 376–377.

⁹⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público: conceito e fontes**. Lisboa: Lex, 1998. v. I. p. 432–433.

Ainda assim, não é sempre simples a relação entre o *jus cogens* internacional e o Direito interno. Como explica Erika de Wet, podem considerar existentes, dentre outras, duas manifestações deste *jus cogens*, uma interna, entendida como limitação que se coloca para as próprias Constituições estatais, e a outra, externa, entendida como limitação da legislação referente à imunidade dos Estados soberanos em suas relações recíprocas.⁹⁵

Como se percebe, impõe-se revisitar, sob novos argumentos, a noção de soberania estatal. Sobre isso, Anne Peters chama a atenção para um possível desenvolvimento do Direito Internacional no sentido de a soberania deixar de ser o seu princípio maior ao dar lugar a uma nova base normativa, a humanidade [*humanity*], o que colocaria em destaque a instrumentalidade da soberania estatal diante dos direitos e necessidades dos indivíduos; a soberania seria um instrumento para a proteção dos direitos humanos básicos e restaria, desta forma, limitada. Estar-se-ia diante da transformação do Direito Internacional em um sistema centrado no indivíduo; a soberania exige ser justificada e implica a responsabilidade do Estado de proteger os direitos dos indivíduos. A autora sintetiza essas mudanças com a feliz fórmula segundo a qual “*Humanity as the α and Ω of sovereignty*” [em português: “*Humanidade como o alfa e o ômega da soberania*”]. Nesta ordem de ideias, a soberania foi humanizada. As afirmações, como se observa, emitem uma série de importantes consequências, dentre as quais é de notar a presunção em favor da “*humanidade*” quando se verificar conflitos entre a soberania do Estado e direitos humanos.⁹⁶

Com efeito, a observação de Anne Peters traz à tona outra importante evolução no Direito Internacional que se pode relacionar, de certa forma, com o reconhecimento deste *jus cogens*, refere-se ao fato de não mais se compreender tal conjunto de normas apenas pertinente a relações firmadas entre Estados, passando-se a admitir também, em dadas situações, os indivíduos, as organizações internacionais e as organizações não governamentais como sujeitos.⁹⁷ Essa circunstância, como se vê, é de particular

⁹⁵ WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. **European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 1, p. 101–112, 2004.

⁹⁶ PETERS, Anne. Humanity as the α and Ω of sovereignty. **European Journal of International Law**, Florence, v. 20, n. 3, p. 514–515, 518, 522–527, 2009. Na página 514, a autora aduz o seguinte: “[...] It has become clear that the normative status of sovereignty is derived from humanity, understood as the legal principle that human rights, interests, needs, and security must be respected and promoted, and that this humanistic principle is also the *telos* of the international legal system. Humanity is the α and Ω of sovereignty. State sovereignty remains foundational only in a historical or ontological sense, to the extent that the states’ mutual respect for each other’s sovereignty constitutes the legal system of juxtaposed actors and governs law-making. State sovereignty is not only – as in the meanwhile canonical view – limited by human rights, but is from the outset determined and qualified by humanity, and has a legal value only to the extent that it respects human rights, interests, and needs. It has thus been humanized. Consequently, conflicts between state sovereignty and human rights should not be approached in a balancing process in which the former is played off against the latter on an equal footing, but should be tackled on the basis of a presumption in favour of humanity”.

⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 351–352; KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. **The law of**

importância para os direitos humanos [ou fundamentais], uma vez que os indivíduos passam a poder invocar, em determinados casos, normas protetivas de Direito Internacional em suas relações com os Estados.⁹⁸

Mostra-se inegável esta construção do *jus cogens* internacional em matéria de direitos humanos [ou fundamentais] com forte influência nas ordens jurídicas internas ao representar importante via de abertura de seus catálogos jusfundamentais, ainda que relevantes desafios teóricos e práticos se revelem para este Direito Internacional dos Direitos Humanos, condensados na ausência de instituições e justiça internacional, na ausência de mecanismos de controle e de imposição de suas normas.

Esse filtro axiológico, que é a fundamentalidade material, existe mesmo a positivação constitucional e internacional dos designados direitos humanos, sendo também denominado eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais.⁹⁹ Esta eficácia irradiante significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico ao condicionar a interpretação das normas jurídico-legais e atua como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário, de modo que ela enseja a *humanização* de toda a ordem jurídica ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo aplicador ou operador do Direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva [ou real] e da justiça social, impressas no tecido constitucional e internacional.¹⁰⁰ Assim, os direitos humanos são dotados de uma carga expansiva, devendo a sua interpretação ser ampliativa, de modo que venha favorecer o indivíduo.¹⁰¹

A própria Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, faz remissão a outros direitos fundamentais não constitucionalizados. Evidencia, pois, que a fundamentalidade formal [oriundo da positivação] aceita a fundamentalidade material.¹⁰²

international human rights protection. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. p. 15; PETERS, Anne. Are we moving towards constitutionalization of of the world Community ? in: CASSESE, Antonio. (Coord.). **Realizing utopia: the future of international law.** Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 119–135.

⁹⁸ Conferir: FONSECA, Rui Guerra. **Proteção internacional dos direitos humanos.** AAFDL: Lisboa, 2018. p. 22.

⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

¹⁰⁰ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 153; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 356.

¹⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226. Além da Constituição brasileira, podemos mencionar a Constituição de 1976, em seu

O Direito Internacional dos Direitos Humanos adota a mesma linha como, por exemplo, ao que é estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 [Pacto de San José da Costa Rica] que segundo à qual **não é possível** interpretação que venha excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano [artigo 29, alínea c].¹⁰³

O sistema da União Europeia de proteção dos direitos fundamentais [ou humanos] ao abranger a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE] solenemente proclamada no Conselho Europeu de Nice em 7 de dezembro de 2000^{104–105} pelos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu e da Comissão,¹⁰⁶ só pode ser compreendido [o sistema da União Europeia de proteção aos direitos humanos] e devidamente interpretado à luz da sua **relação dinâmica e aberta** com os sistemas nacionais de função congênere. Foram os catálogos nacionais, sob a forma de Constituição ou de tradições constitucionais comuns; foram os catálogos internacionais de vinculação dos Estados–membros que inspiraram a revelação de direitos cuja observância se afirmou no plano eurocomunitário. A origem nacional da inspiração eurocomunitária estendeu–se também aos mecanismos judiciais de tutela.¹⁰⁷

Assiste–se a uma evolução que completa o processo de convergência dos diferentes sistemas jurídicos nacionais no plano europeu. Com o crescente aperfeiçoamento do sistema jurídico da União Europeia, associado ao aprofundamento do nível de integração das soberanias dos Estados–membros constata–se com o fenômeno de homogeneização dos sistemas constitucionais nacionais, moldados por exigências de tutela uniforme de reconhecimento e de aplicação concreta dos direitos humanos. À

artigo 16, nº 1, ao preceituar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição [portuguesa] não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional. Outros exemplos de Constituições que possuem uma abertura para novos direitos humanos [ou fundamentais] podem ser mencionadas a Constituição da Argentina [artigo 33], Constituição da Colômbia [artigo 94], Constituição da Costa Rica [artigo 74], Constituição do Equador [artigos 19 e 44], Constituição do Paraguai [artigo 80] dentre outras.

¹⁰³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 209–210.

¹⁰⁴ A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, série C, nº 364, de 18 de dezembro de 2000, p. 1.

¹⁰⁵ A consagração da CDFUE ao nível do Direito da União Europeia foi contemplada no Tratado de Lisboa, ainda que de modo *sui generis*. Não obstante a nova redação do artigo 6º, nº 1, do Tratado da União Europeia (TUE), afirma que “[...] A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios contidos na CDFUE de 7 de dezembro de 2007, Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados”. O texto da CDFUE ao ter sido reaprovado em dezembro de 2007. A Carta reaprovada foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) C–303, de 14 de dezembro de 2007, p. 1–16.

¹⁰⁶ FREITAS, Tiago Fidalgo. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e sua relação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Separata de: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia**, Lisboa, v. IV, p. 788, 2010.

¹⁰⁷ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 21.

inicial impregnação do modelo eurocomunitário pelas influências de fonte constitucional e internacional segue-se, de acordo com os critérios mais exigentes de proteção, em ambiente de integração jurídica intersistemática, a “*europização*” das matrizes constitucionais dos Estados-membros.¹⁰⁸

Nesta ordem de ideias, Maria Luísa Duarte ensina que a policentricidade das fontes de direitos fundamentais no universo jurídico da União Europeia – geradora de um fenômeno de reconhecida complexidade normativa, seja no âmbito da identificação da norma aplicável ao caso concreto seja a nível da determinação do juiz competente para decidir a sua aplicação – só pode ser entendida como parte de uma lógica de **internormatividade** ao exprimir o propósito de descrever um fenômeno de ligação em rede de normas de diversa ascendência. Isso porque no espaço jurídico aberto e plural da União Europeia congrega, sem destruir, os sistemas jurídicos dos respectivos Estados-membros, verifica-se o imperativo da proteção dos direitos humanos [ou fundamentais] ao dotar relações de “*concorrência, convergência, justaposição e conflito*”¹⁰⁹ de várias normas e de inúmeros poderes de decisão aplicável ao incluir o sistema judicial instituído pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950.¹¹⁰

7. CONCLUSÃO

A presente abordagem investigativa não se circunscreveu a um estudo meramente abstrato ou descritivo, mas devotou-se a analisar amplamente a concretude do debate ao destacar o estado da arte sobre o sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional. Sob as formulações analíticas estrangeiras e nacionais é que se procurou direcionar todas as etapas deste estudo. Logo, sem desconhecer os riscos inerentes às sínteses e afirmando a sua eventual claudicância, enumeram-se esquematicamente as principais conclusões alcançadas neste estudo.

1. A expressão Estado Constitucional, usada para indicar o Estado Democrático e Social de Direito, reflete uma tentativa de generalização que designa o modelo estatal cuja estruturação se encontra em uma Constituição e vem acompanhada, necessariamente, pela previsão e garantia de direitos fundamentais; trata-se de Estado cujo poder se limita pela Constituição e se baseia nos direitos fundamentais.

2. A compreensão aceita de direito fundamental na ordem jurídico-constitucional do Estado Constitucional é a de que os direitos fundamentais são posições

¹⁰⁸ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 21–22.

¹⁰⁹ Fórmula enunciativa proposta por José Joaquim Gomes Canotilho na sua obra: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 266.

¹¹⁰ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006. p. 22.

subjetivas de vantagem, positivadas mediante normas jurídicas com fundamento constitucional, inseridas em um modelo combinado de regras e princípios ao objetivar diretamente a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana por meio de atribuir ao indivíduos – ou a outros sujeitos de direito que venham instrumentalizar essa proteção e promoção – os meios jurídicos necessários à sua garantia, oponíveis ao Estado – ou perante terceiros por intermédio do Estado – e, ainda, por meio da conformação de toda a ordem jurídica e da parametrização da atividade estatal pelos seus conteúdos jusfundamentais.

3. É possível firmar que a abertura existe mesmo diante da ausência de preceito específico em que se possa fundá-la; a abertura é estrutural, provém da natureza do Direito, independe de preceito que a reconheça. Dito de outro modo, a existência de uma cláusula expressa de abertura é explicitação de uma inerência do sistema de direitos fundamentais; não se coloca a abertura e a sua previsão expressa como mera técnica jurídica fruto de escolha política, porquanto não se reputa viável um sistema jusfundamental, no Estado Constitucional, composto como modelo de regras e princípios que seja fechado.

4. Entende-se que o sistema de jusfundamental do Estado Constituição tem como elemento uma norma-princípio de abertura que ordena aos poderes do Estado a atualização constante desse sistema jusfundamental, de maneira que venha assegurar da forma mais plena e adequada o respeito à dignidade da pessoa humana.

5. A dicção específica do artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira de 1988 fornece uma cláusula de abertura, de modo que os direitos veiculados por tratados internacionais ingressam no texto constitucional mediante essa cláusula aberta ao considerar, pois, que os tratados internacionais sobre direitos humanos adicionam direitos à nossa Constituição por meio daquela indicada abertura.

6. A recepção de normas internacionais de direitos humanos prevista na Constituição [p. ex., brasileira], apresenta-se como uma autovinculação do Estado que, em primeiro lugar, ratifica tratados internacionais de direitos humanos e, em segundo lugar, incorpora em sua ordem constitucional as normas daí provenientes.

8. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. v. II.

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. 2. ed. rev. atual. Cascais: Princípa, 2011.

- ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2015. v. 1.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. *In*: SIECKMANN, Jan-Reinard (edit.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 119–135.
- AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. 2. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público**: conceito e fontes. Lisboa: Lex, 1998. v. I.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39–67.
- BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. *In*: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (edit.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 487–559.
- BOBBIO, Norberto. Pluralismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 2. p. 928–933.
- BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela direta dos direitos fundamentais**: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde: políticas públicas e ativismo judicial. In: NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de (org.). **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 83–114.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte**: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. II e III.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dignidade e constitucionalização da pessoa humana. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra. 2012. v. 2. p. 285–296.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da medida provisória na Constituição Federal de 1988. **Revista da AGU**, Brasília, n. 24, p. 183–224, abr./jun. 2010.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre (RS), v. 38, n. 1, p. 77–90, jan./jun. 2012.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 63–90, maio/ago. 2013.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O estado de necessidade econômico–financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais. **Revista O Direito**, Lisboa, ano 147, v. IV, p. 897–967, 2015.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Restrições aos direitos fundamentais no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar. La internacionalización del Derecho Constitucional. **Revista Estudios Constitucionales**, Talca (CL), año 5, n. 1, p. 223–281, jun. 2007.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano–Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; FARIAS, José Fernando de Castro; OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. **Filosofia do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 289–310.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Direitos fundamentais**: sumários. Lisboa: AAFDL, 2002.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 19–42.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014.
- FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. As pesquisas denominadas “estado da arte”. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas (SP), ano 23, n. 79, p. 257–272, ago. 2002.
- FONSECA, Rui Guerra. **Proteção internacional dos direitos humanos**. AAFDL: Lisboa, 2018.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317–356.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2006.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **A cláusula aberta de direitos fundamentais**. Relatório de Mestrado. Disciplina Direito Constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation: political essays**. Translated by Max Pensky. Cambridge, US: The MIT Press, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (edit.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 1–15.

JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do Direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Nova Prova, 2003.

KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. **The law of international human rights protection**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.

LAZZARINI, Álvaro. Cidadania e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria geral dos direitos humanos**. São Paulo: RT, 2011. p. 41–52. (Coleção doutrinas essenciais: direitos humanos, v. 1).

LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Separata de: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, ano III, p. 41–76, 2006.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXIV, p. 189–249, 2008.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

MATOS, André Salgado de. O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 3. p. 395–417.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia**, Coimbra, v. 1, p. 657–683, set. 2010.

MEDEIROS, Rui. **A Constituição portuguesa num contexto global**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MEDEIROS, Rui. **Direito Constitucional**: ensinar e investigar. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil**: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral. 4. ed. reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e atual. Parede, PT: Principia, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Tomo 4.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Direito Constitucional II**: sumários desenvolvidos. Lisboa: AAFDL, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Tomo II. v. 2.

MOREIRA, Isabel. Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003. v. 5. p. 113–153.

MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313–336.

NEVES, António Castanheira. A revolução e o direito. *In*: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1. p. 51–239.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OTERO, Paulo. Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais. *In*: VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo Freitas do; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). *Ab Vno Ad Omnes 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1061–1090.

OTERO, Paulo. Sumários de um curso de direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. XLI, n. 1, p. 417–432, dez. 2000.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**: identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

OTERO, Paulo. **A democracia totalitária**: do Estado totalitário à sociedade totalitária. Cascais, PT: Príncípa, 2015.

PETERS, Anne. The globalization of state constitutions. *In*: NIJMAN, Jane; NOLLKAEMPER, Andre. **New perspectives on the divide between national and international law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007. p. 251–308.

PETERS, Anne. Humanity as the α and Ω of sovereignty. **European Journal of International Law**, Florence, v. 20, n. 3, p. 513–544, 2009.

PETERS, Anne. Are we moving towards constitutionalization of of the world Community ? *in*: CASSESE, Antonio. (Coord.). **Realizing utopia**: the future of international law. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 119–135.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Editora Íthala, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROIG, María José Añón. Derechos fundamentales y Estado constitucional. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, València** (ES), n. 40, p. 25–36, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 566–583.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 185–214.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos sociais: comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 566–583.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 185–214.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distincion entre “algo” y “alguien”*. Pamplona, ES: Eunsa, 2000.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313–331, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 271–290.

VASCONCELOS, Pedro Manuel de Melo Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

VAZ, Manuel Afonso et al. **Direito Constitucional: o sistema constitucional português**. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2015.

VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate em aberto. **Revista Temáticas**. Campinas (SP), v. 22, n. 44, p. 203–220, ago./dez. 2014.

WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law. **European Journal of International Law**, Florence, v. 15, n. 1, p. 101–112, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.