

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CLÁUSULA DE
ABERTURA MATERIAL (art. 5º, § 2º) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
FORA DO CATÁLOGO EXPRESSO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

**NOTES CONCERNING THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OPENESS CLAUSE (ART. 5th, § 2) AND THE
UNWRITTEN RIGHTS IN BRAZILIAN CONSTITUTION**

Leandro Maciel do Nascimento¹

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4232356J6>

RESUMO: O presente artigo aborda os aspectos essenciais da cláusula de abertura dos direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. Serão tratados os conteúdos formal e material dos direitos fundamentais; a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América como origem da cláusula de abertura, bem como sua interpretação e evolução. Por fim, serão elencados alguns direitos fundamentais não expressos no direito constitucional brasileiro, os quais serão divididos em três grupos: o dos que foram expressamente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a anterioridade tributária; o dos que foram expressamente negados, como o duplo grau de jurisdição e o dos que ainda não foram apreciados por aquela corte, como o direito ao esquecimento e o acesso à internet.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direitos não expressos; Cláusula de abertura.

This article is proposed to discuss the chief topics about unwritten fundamental rights in brazilian constitutional law. At first, it introduces the formal and material fundamental rights content. Then, it describes the origins of the source of unwritten rights in american constitutional law: the Nine Amendment to US Constitution and its interpretation by american judges and scholars. At last, it shows some examples of unwritten fundamental rights in brazilian constitution, like rights in tax law, rights in judicial process, right to be forgotten and right do access internet, by analyzing decisions from Brazilian Supreme Court and doctrine about this theme.

KEY WORDS: Fundamental rights; Unwritten rights; Constitutional openness clause.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor de Direito Constitucional. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí. Endereço Eletrônico: <macieldonascimento@hotmail.com>

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece um extenso rol de direitos fundamentais, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos.

Localizados formalmente no Título II (logo após o título referente aos “Princípios Fundamentais”), estes direitos expressos são divididos em cinco grupos: 1) direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º); 2) direitos sociais (art. 6º ao art. 11); 3) direitos de nacionalidade (art. 12 e art. 13); 4) direitos políticos (art. 14 ao art. 16) e 5) direitos relativos aos partidos políticos (art. 17).

Este conjunto, por si só bem analítico, forma os direitos formal e materialmente fundamentais. E é exatamente neste local, o “catálogo”, onde primeiramente se procura os dispositivos que respaldam expectativas, bens e valores que possuem a máxima proteção do ordenamento jurídico.

Comparando com as constituições dos Estados Unidos e da Alemanha, observa-se facilmente que o catálogo nacional é maior e mais detalhado do que o daqueles países. No caso germânico, por exemplo, apesar de a Lei Fundamental proclamar que “a República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social” (art. 20, frase 1), seu conjunto de direitos fundamentais, ao contrário do brasileiro, não prevê um setor destinado aos direitos sociais (HEUN, 2011, p. 44). Por outro lado, a Constituição dos Estados Unidos sequer possuía um conjunto de direitos em seu texto original. Em verdade, a exceção de três proteções específicas contra a aplicação retroativa de leis, os direitos fundamentais estão previstos nas emendas que formam o *Bill of Rights*, especialmente as dez primeiras (ratificadas em 1791, quatro anos após a promulgação da Constituição) e a décima terceira e décima quarta (aprovadas após a Guerra Civil, encerrada em 1865). Ademais, a brasileira estabelece proteção à intimidade e à vida privada (art. 5º, X), ao direito de locomoção em território nacional, podendo-se entrar, permanecer ou sair com seus bens (art. 5º, XV), ao direito à educação (art. 6º) e à função social da propriedade (art. 5º, XXIII). A norte-americana não trata destes temas de modo específico (FARBER, 2007, p. 14-15).

No entanto, mesmo diante de rol tão grande, a Constituição brasileira é aberta a novos direitos. Seu art. 5º, § 2º permite o reconhecimento de outros, não enumerados, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A necessidade do reconhecimento de novos direitos é uma demanda natural das sociedades e que, segundo José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 68), é uma história sem fim. Para Norberto Bobbio (2004, p. 6) a existência de novas proteções jurídicas surge a partir de novos carecimentos, os quais “nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.” E entre os que se dedicam ao estudo dos direitos humanos é ponto pacífico o caráter histórico (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 231) e a necessidade de abertura do rol, de modo a se proteger “um direito pelo seu conteúdo e não por constar de um rol de um instrumento constitucional ou internacional” (RAMOS, 2013, p. 212).

Quanto à existência de direitos constitucionais fora do catálogo, a doutrina brasileira não controverte. No Brasil, não há defesa séria de interpretação originalista ou algo parecido. Sendo assim, pelo menos em tese, não se discute a necessidade de a proteção constitucional estar aberta a demandas por novos direitos fundamentais. No entanto, quando a tarefa é estabelecer se esta pretensão é ou não um direito fundamental, as controvérsias surgem. As dúvidas residem principalmente quanto a um possível conceito material de direitos fundamentais e o estabelecimento de critérios constitucionalmente adequados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a existência de direitos fora do Título II. O caso mais debatido tratou de matéria tributária: o imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF), criado pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993. A norma que o criou determinou o afastamento do princípio da anterioridade e autorizou a cobrança imediata da exação. No entanto, o STF entendeu que, mesmo estando fora do rol, a anterioridade tributária era um direito fundamental e julgou inconstitucional o seu afastamento pelo constituinte derivado (VIEIRA, 1999, p. 164-169). Além deste caso, há outras decisões, como em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). No entanto, há outras pretensões que o STF não reconhece como direito fundamental, como o recurso judicial a uma instância superior (SARLET, 1996, p. 23). Por fim, existem outros direitos e interesses possivelmente fundamentais que não contam ainda foram analisados pela Corte.

Fundamentalizar um direito é atividade complexa e requer atenção, pois o transforma em cláusula pétrea e possibilita sua exigibilidade imediata. Dessa maneira, há que se ter cautela em face de uma possível inflação de pleitos que a cláusula de abertura pode acarretar. Principalmente porque surgirão deveres a serem cumpridos e restrições ao legislador ordinário.

Neste contexto, é necessário apontar critérios para encontrar direitos além do que foi expressamente previsto. Este é o objetivo deste trabalho.

Para cumprir esta meta, será apresentado, na primeira parte, um conceito de direitos fundamentais, com ênfase na materialidade e na cláusula de abertura na Constituição de 1988. Na segunda, será indicada a origem do debate sobre direitos não enumerados: a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Neste ponto, serão abordados o surgimento e o desenvolvimento, assim como alguns critérios utilizados naquele país. Em seguida, passar-se-á ao debate brasileiro, onde serão brevemente apontados alguns direitos potencialmente fundamentais. Além deles, serão indicados outros que ainda não passaram pelo crivo do STF.

Por fim, um esclarecimento quanto ao objeto do trabalho. Foram estabelecidas duas limitações: primeiro, o estudo ficará restrito aos direitos fundamentados na Constituição (decorrentes de seus princípios ou de seu regime), excluindo-se direitos fundamentados unicamente em normas internacionais e, segundo, serão analisados apenas direitos que tenham fundamentação em algum dispositivo fora do Título II da Constituição.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: MATERIALIDADE E CLÁUSULA DE ABERTURA

“O que significa ter um direito?” Esta é a indagação feita por Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 19) no capítulo inicial da obra em que apresenta uma leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais.

É pergunta aparentemente simples, mas que, vista de perto, apresenta complexidade. Equivale em dificuldade à busca de um conceito de Direito, para o qual, segundo Herbert Hart (2007, p. 06), são apresentadas as soluções mais numerosas, variadas, estranhas e paradoxais possíveis.² Existem, pois, “palavras cardeais da cultura e da civilização”, como liberdade, justiça, igualdade e direito, as quais “não comportam a univocidade peculiar às coisas neutras para o mundo dos valores”. Assim, as “vicissitudes da palavra ‘Direito’ acompanham *pari passu* a história do homem” (REALE, 1994, p. 498). De qualquer forma, não obstante as dificuldades, os juristas continuam a discutir, de maneira que são apresentados “conceitos

² “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de forma tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão ‘O que é o direito?’. Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da ‘natureza’ do direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina acadêmica autônoma.” (HART, 2007, p. 06)

muito diferentes de ‘direito’, que voltam sempre a ser criticados, aperfeiçoados ou mesmo completamente rejeitados” (ZIPPELIUS, 2012, p. 29).

Do conceito de “Direito” para o de “direitos”, a dificuldade não diminui. Reconhecendo a dimensão do tema, que não será aprofundado, o presente trabalho adotará como pressuposto a resposta do próprio Oscar Vilhena Vieira: “ter direitos” significa ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado. Significa possuir uma situação favorável, consistente em uma reivindicação legal ou em um poder, imunidade ou liberdade (2006, p. 19-20). Ou melhor, “significa ter uma boa justificativa, uma razão suficiente, para que outras pessoas estejam obrigadas e, portanto, tenham deveres em relação àquela pessoa que tem um direito” (2006, p. 24).

Se “ter direitos” é poder exigir algum dever de alguém, o que são “direitos (constitucionais) fundamentais”? São justificativas constitucionais para que se possa exigir algo (ação, omissão ou tolerância) do Estado ou de outras pessoas. São os trunfos dos indivíduos, aos quais se refere Ronald Dworkin (2002, p. XV).³

Na prática, o que diferencia um direito fundamental de um legal, contratual ou moral,⁴ é a base normativa: a constituição, a lei, o negócio jurídico ou o conjunto de preceitos morais. Para serem “fundamentais”, os direitos devem necessariamente ter respaldo constitucional, razão pela qual prevalecerão sobre as demais fontes de obrigações. São, portanto, “constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declarações solenemente estabelecidas pelo poder constituinte” (SILVA, 2008, p. 180). Ou melhor: “um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força própria da supremacia constitucional” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40).

É intuitivo que nem todos os direitos constitucionais são fundamentais. Ou seja, nem todos os dispositivos da constituição representam os bens e valores mais importantes

³ O autor utiliza a ideia de direitos individuais para criticar o positivismo jurídico e o utilitarismo econômico. Neste contexto, afirma que os “direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos políticos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para impor alguma perda ou dano” (DWORKIN, 2002, p. XV).

⁴ “A distinção clássica na linguagem dos juristas da Europa continental é entre ‘direitos naturais’ e ‘direitos positivos’. Da Inglaterra e dos Estados Unidos – por influência, creio, sobretudo de Dworkin – chega-nos a distinção entre *moral rights* e *legal rights*, que é intraduzível e, o que é pior, numa tradição onde direito e moral são duas esferas bem diferenciadas da vida prática, incompreensível: em italiano, a expressão ‘direitos legais’ ou ‘jurídicos’ soa redundante, enquanto a expressão ‘direitos morais’ soa contraditória. Não tenho dúvidas de que um jurista francês teria a mesma relutância em falar de *droits moraux* e um alemão, de *moralische Rechte*. E então? Devemos renunciar a nos entender? O único modo para nos entender é reconhecer a comparabilidade entre as duas distinções, em função da qual ‘direitos morais’ enquanto algo contraposto a ‘direitos legais’ ocupa o mesmo espaço ocupado por ‘direitos naturais’ enquanto algo contraposto a ‘direitos positivos’.” (BOBBIO, 2004, p. 7.)

acolhidos pelo constituinte ou têm aplicabilidade imediata e são cláusulas pétreas. No caso brasileiro, em face da extensão do texto constitucional, a constatação se reforça ainda mais. Daí a necessidade de se precisar a definição.

A tarefa abrange inúmeras abordagens, cada uma a enfatizar determinado aspecto. Para uns, direitos fundamentais “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40). Para outros, “são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELESTEIN, 2013, p. 17). Ou então, “são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático” (GALUPPO, 2003, p. 236).

Afirma-se que os direitos fundamentais correspondem “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2008, p. 178). Da mesma forma, dizem respeito, algumas vezes, ao “conjunto de preceitos normativos que definem, a partir do seu lado positivo, o estatuto fundamental das pessoas na sociedade política” e, outras vezes, designam as “posições jurídicas subjectivas atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos” (ANDRADE, 2007, p. 174). Como também podem ser direitos do indivíduo que vinculam o Estado, cuja “particularidade relativamente outros direitos subjetivos reside na sua categoria constitucional” e que “exigem justificação ao Estado e são-lhe a este respeito anteriores” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 49).

Importante verificar que os direitos fundamentais apresentam dupla acepção: formal (“direitos que o direito vigente qualifica como tais”) e material (no sentido de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”) (BONAVIDES, 2013, p. 578). A distinção é baseada em Carl Schmitt, o qual estabeleceu dois critérios formais (previsão expressa na constituição e imutabilidade ou mudança dificultada) e um material (conexão com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra) para abordar o tema (BONAVIDES, 2013, p. 579).

A posição de Joaquim José Gomes Canotilho deve ser destacada. Segundo ele, são características próprias dos direitos fundamentais: 1) a positivação (sem a qual, “os direitos do

homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) constitucionais”); 2) a constitucionalização (cuja principal consequência é a proteção “mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores desses direitos”, devendo ser “compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”) e 3) a fundamentalidade, formal e material (CANOTILHO, 2003, p. 377-379).

A propósito, segundo entendimento corrente, os direitos fundamentais, em sentido material, são “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (BRANCO; MENDES, 2013, p. 140). A posição é inspirada na doutrina de José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 48-49), para o qual os direitos fundamentais em termos materiais têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Na Alemanha, aponta-se a distinção entre fundamentalidade formal e material, ao tratar dos direitos constitucionais naquele país. Assim, Konrad Hesse indica um aspecto formal (a previsão expressa no catálogo) e, explicando a insuficiência de tal abordagem (a sugerir a necessidade de critérios materiais de definição), aponta direitos fundamentais fora do catálogo da Lei Fundamental (1998, p. 225).⁵ Antonio Enrique Perez-Luño, na Espanha, vincula os direitos humanos à exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade em cada momento histórico. Em seguida, afirma que direitos fundamentais são “*derechos humanos garantizados por el ordenamento juridico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*” (1998, p. 46).

No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet também aponta uma dupla fundamentalidade. De um lado, a formal, a abranger abrange três aspectos: 1) posição hierárquica (“os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico”); 2) proteção contra reforma ou abolição (submissão do legislador aos limites formais e materiais de reforma constitucional) e 3) aplicabilidade direta e imediata (a vincular de forma imediata as entidades públicas e privadas). De outro, a fundamentalidade material, a decorrer “da circunstancia de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (2011, p. 74-75).

⁵ “O primeiro título da Lei Fundamental leva o epígrafe: ‘os direitos fundamentais’. Com isso, a própria Lei Fundamental parece determinar o conceito dos direitos fundamentais: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais. Este conceito, do qual parte o art. 93, alínea 1, número 4^a, da Lei Fundamental, é meramente formal e, por causa disso, não está em condições de expressar algo sobre a peculiaridade e significado material dos direitos fundamentais. Além disso, mostra-se, com vista ao Direito Constitucional positivo, insuficiente. Porquanto a Lei Fundamental normaliza também fora do primeiro título direitos que, em sua peculiaridade, não se distinguem dos direitos qualificados expressamente de direitos fundamentais” (HESSE, 1998, p. 225).

O mesmo autor, após advertir que qualquer conceituação que “almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata” o conteúdo material dos direitos fundamentais “está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada”, aponta o seguinte conceito:

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 formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). (2011, p. 77)

Assim, há dois caminhos para identificar um direito fundamental na Constituição de 1988. Primeiro, consultar os direitos expressos, constantes do catálogo. Segundo, apontar direitos que, por seu “conteúdo e significado”, podem ser equiparados aos direitos expressos.

No Brasil, a identificação de direitos não enumerados respalda-se no art. 5º, § 2º da Constituição (SARLET, 2011, p. 77), que diz: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Apesar de desnecessário em razão do caráter histórico dos direitos humanos e fundamentais, este dispositivo, já tradicional no constitucionalismo republicano brasileiro (SARLET, 2011, p. 78), permite concluir que, além dos expressamente previstos, existem outros extraídos “do regime e dos princípios por ela adotados” ou “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No entanto, a justificativa requer argumentação convincente:

Na verdade, os direitos contidos no Título II são fundamentais por expressa opção do constituinte. Do mesmo modo, os direitos previstos em tratados internacionais, uma vez observado o quórum qualificado estipulado pelo art. 5º, § 3º, serão equiparados aos demais direitos fundamentais por opção do Congresso Nacional. Nessas duas situações, não é tão necessário tentar encontrar um motivo mais forte pelo qual esses direitos merecem ser chamados de fundamentais. A escolha política foi tomada pelo próprio constituinte. Já os direitos não enumerados, ou seja, aqueles que decorrem do ‘regime e dos princípios adotados pela Constituição’, precisam de uma **ARGUMENTAÇÃO CONVINCENTE** capaz de justificar sua fundamentalidade. Essa argumentação deve ter como fundamento os próprios valores constitucionais, já que a cláusula de abertura exige que esses direitos sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (MARLMENSTEIN, 2013, p. 204-205. Grifado).

E o que é esta “argumentação convincente”? Nada mais do que a demonstração da “substância e relevância” de um direito para poder ser equiparado aos do catálogo (SARLET, 2011, p. 92), pela demonstração de sua relevância e ao seu conteúdo.

Primeiro, o critério da relevância. Sua precisão está intimamente relacionada ao aspecto histórico, pois em cada momento haverá demandas importantes a serem protegidas. Dessa forma, a análise do estágio de cada sociedade (no tempo e no espaço) permite a tutela de pretensões não enumeradas (BRANCO; MENDES, 2013, p. 139). Ora, os direitos “não surgiram todos ao mesmo tempo, nem foram resultados de um *big bang* jurídico que esteja a impedir a vista de alcançar o que havia antes da grande explosão” (SAMPAIO, 2010, p. 134). Não são criações abstratas, mas fruto de reivindicações e conquistas.⁶ Nascem “em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes” e “de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 06). Em outras palavras, “nascem quando devem ou podem nascer”, através de uma revolução contínua (HUNT, 2009, p. 27).⁷

Há, portanto, íntima vinculação entre a historicidade dos direitos e a abertura aos não enumerados. Basta lembrar que, no século XIX foram iniciadas as reivindicações pelo voto feminino, ao passo que na segunda metade do século XX passou-se a demandar a tutela do meio ambiente (FENSTERSEIFER; SARLET, 2013) e, no século XXI, defende-se o direito fundamental de acesso à internet (HARTMANN, 2010). Todos resultam de evolução histórica e em algum momento foram (ou serão) considerados constitucionalmente importantes.

Em segundo lugar, o critério da substância ou da matéria. Este requer o estabelecimento de um conteúdo material, a partir do qual podem ser extraídos elementos para justificar a fundamentação de novas demandas. Aqui é necessário neutralizar ao máximo a subjetividade e “lançar um pouco de luz sobre os elementos comuns, em princípio, ao conteúdo de todos os direitos fundamentais do Título II” e não “de um ou outro dispositivo isolado” (SARLET, 2011, p. 93). Estes elementos estão no Título I da Constituição, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana:

Neste título, além do regime da democracia social (ou simplesmente democrático, para utilizar terminologia menos sujeita a controvérsias),

⁶ Quanto ao fundamento original dos direitos humanos e fundamentais, a doutrina controverte entre três hipóteses: a liberdade religiosa, o garantismo processual e a defesa da propriedade, especialmente em face da tributação (SAMPAIO, 2010, p. 133-140).

⁷ “Os direitos não podem ser definidos de uma vez por todas, porque sua base emocional continua a se deslocar, em parte como reação às declarações de direitos. Os direitos permanecem sujeitos a discussão porque a nossa percepção de quem tem direitos e do que são esses direitos muda constantemente. A revolução dos direitos humanos é, por definição, contínua” (HUNT, 2009, p. 27).

consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais. Somente nesta acepção, salvo melhor juízo, as expressões ‘regime’ e ‘princípios’ podem ser inseridas no contexto de um conceito material. Caso contrário, tendo em mente que a Constituição se encontra, mesmo fora do âmbito do Título I, repleta de normas de caráter principiológico, poderíamos chegar ao extremo de criar novos direitos fundamentais com apoio em qualquer outra disposição contida na Constituição, de modo especial nas diversas (e não poucas) normas de cunho organizacional e programático, o que certamente conduziria a uma ampliação não muito útil e, certamente, ainda menos desejável do catálogo. (SARLET, 2011, p. 93-94)

Com base em José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 112), seriam acrescentados o radical subjetivo dos direitos fundamentais, no sentido de “outorgarem ao indivíduo (isoladamente ou na condição de integrante de uma coletividade) certas posições subjetivas”, bem como a função protetiva, “já que necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais”.

Sendo assim, ter direitos fundamentais, no Brasil, significa ser titular de poderes previstos expressamente como tais na Constituição de 1988 ou de poderes que podem a estes ser equiparados, por força do art. 5º, § 2º. Dessa maneira, a identificação de novos direitos passa pelo estabelecimento do sentido e do alcance do mencionado dispositivo, o que será feito no próximo item.

2 A ORIGEM DA CLÁUSULA DE ABERTURA: A NONA EMENDA À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

2.1 Noções gerais

O dispositivo da Constituição de 1988 que estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados é inspirado na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos (SARLET, 2011, p. 79)⁸ e está previsto no direito constitucional brasileiro desde 1891 (PARDO, 2005, p. 111).⁹

⁸ “A regra do art. 5º, § 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, com algumas variações, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* ou seu *telos*. Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo que não constando de seu catálogo” (SARLET, 2011, p. 79).

⁹ “A Constituição imperial de 1824 não continha nenhuma cláusula semelhante à do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, apesar de possuir um artigo (179) enumerando os direitos civis e políticos dos cidadãos

Por possibilitarem abertura e atualização do catálogo de direitos, dispositivos equivalentes passaram a ser previstos em outras constituições (SARLET, 2011, p. 79),¹⁰ dentre as quais se destaca a portuguesa de 1976 (MIRANDA, 2000, p. 11), segundo a qual:

Artigo 16º. Âmbito e sentido dos direitos fundamentais.

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Note-se que a Constituição portuguesa diz mais do que a brasileira. Afirma outros direitos fundamentais “constantes de leis” ou de “regras de direito internacional”. Dessa forma, permite concluir: 1) que existem “normas de Direito ordinário” atributivas de direitos “equiparados aos constantes das normas constitucionais” (MIRANDA, 2000, p. 11); 2) que há o dever de se interpretar e harmonizar os preceitos relativos a direitos fundamentais com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No direito alemão não há dispositivo idêntico. Entretanto, há uma construção do Tribunal Constitucional, o qual utiliza o “direito geral de personalidade” (art. 2, nº 1, da Lei Fundamental)¹¹ como parâmetro para o reconhecimento¹¹ de novos direitos relacionados, direta ou indiretamente, à liberdade (SCHWABE, 2005, p. 174-175).¹² Ressalte-se que em uma

brasileiros. Desde a Constituição de 1891, entretanto, referida cláusula foi introduzida no direito constitucional brasileira, sendo repetida por todas as Cartas posteriores àquela. De fato, a primeira Constituição republicana previu no seu artigo 78 que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna”. Interessante que a terminologia utilizada pela Constituição de 1891 é a de *direitos não enumerados*, provavelmente em razão da forte influência que teve a Constituição norte-americana naquela época, por meio do trabalho de Rui Barbosa” (PARDO, 2005, p. 111).

¹⁰ “A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. Art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós.” (SARLET, 2011, p. 79).

¹¹ “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

¹² Segundo o autor, “O Art. 2 I GG tem uma importância prática ímpar. Seu sempre destacado caráter subsidiário em face das outorgas específicas não afasta seu significado. Pelo contrário: como último limite à ação estatal cerceadora da liberdade individual, ele precisou ser dogmática e minuciosamente concretizado. Também aqui o TCF não foi omissivo, mas, pelo contrário, em um número de decisões muito relevantes que chega à casa das dezenas, concretizou vários aspectos, **chegando a criar verdadeiros ‘direitos’, a partir da derivação do conceito de livre desenvolvimento encontrado no Art. 2 I GG**, como foi o caso do **direito à auto-determinação sobre informações** (ou dados) pessoas (*Informationelles Selbstbestimmungsrecht*) na decisão Volkszählung (BVerfGE 65, 1 ...).” (SCHWABE, 2005, p. 174-175. Grifado). No mesmo sentido, Bernhard Schlink e Bodo Pieroth, segundo os quais “o art. 2º, n. 1, constitui um direito fundamental de acolhimento em face dos direitos fundamentais especiais e passa para segundo plano perante estes, até onde cheguem os seus âmbitos de proteção (subsidiariedade; cf. n.m. 353 e s.). Este direito fundamental só ganha importância se não for aplicável um âmbito de proteção de um direito fundamental especial.” (2012, p. 175-176)

rápida análise das decisões da corte constitucional alemã permite observar cautela no reconhecimento de novos direitos, sendo inúmeros os casos em que os pedidos foram negados. Dois deles merecem lembrança. No primeiro, discutiu-se a “Lei do Censo de 1983” (*BVerfGE* 65, 1). No julgamento, o Tribunal entendeu inconstitucionais dispositivos que permitiam “comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa”. (SCHWABE, 2005, p. 234). No segundo exemplo (*BVerfGE* 90, 145) julgado em 1994, o tribunal entendeu inexistir um “direito de ficar em êxtase (*Recht zum Rausch*)” e julgou compatíveis com o art. 2, nº 1, da Lei Fundamental, dispositivos da lei de entorpecentes que estabelecia “a tipificação penal, entre outros, da aquisição e do porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *canabis sativa*” (SCHWABE, 2005, p. 248).

Em suma, não possibilitando, a princípio, uma interpretação tão larga quanto ao equivalente português, nem havendo dispositivo idêntico na constituição alemã, o dispositivo brasileiro (art. 5º, § 2º) aproxima-se mais ainda da origem norte-americana.

Em verdade, a cláusula de abertura brasileira não trata de direitos retidos ou conservados (*retained*), mas sim de outros “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Constituição, o que a princípio reduz o seu âmbito (PARDO, 2005, p. 114). No entanto, o texto brasileiro diz mais que o norte-americano, pois, ao contrário de lá, refere-se aos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, desde logo, evita-se a controvérsia, no mínimo curiosa, sobre a possibilidade de citação de fontes normativas, jurisprudenciais e doutrinárias estrangeiras (FARBER, 2007, p. 185). Lá, setores mais radicais afirmam que mencionar fontes estrangeiras põe em risco a soberania do país; outros defendem a responsabilização dos agentes que utilizarem fontes subsídios de outros países.¹³

¹³ “Conservatives have responded with near hysteria to the idea of relying on foreign law. In 2004 and 2005, Senate and House Republicans introduced resolutions banning the use of foreign legal authorities. Representative Sensenbrenner warned that American sovereignty was at risk. Another Republican congressman bemoaned the use of English authority in particular. After all, patriots had ‘spilled their blood ... to sever ties with England forever’ – what could be worse than ‘justice in land of America’ using British court decisions in interpreting our Constitution? What the British ‘could not accomplish by force’, the trumpeted, ‘our Supreme Court has surrendered to them voluntarily’. A House member named Tom Feeney proposed a bill that would make citation of foreign law an impeachable offense. Outside of Congress, the response was even wilder. There was the demand that Justice Kennedy be impeached because citing foreign law ‘upholds Marxist-Leninist, satanic principles.’ Another impeachment call came from the head of a home-schooling group. Going even further, a self-proclaimed ‘patriotic’ Web site – apparently that term really is sometimes the last refuge so scoundrels – called for the assassination of Justices Ginsburg and O’Connor for having ‘publicly stated that they use European law and rulings to decide how to rule on American cases’ (FARBER, 2007, p. 185).

Assim, mostra-se importante verificar qual sentido e o alcance dado pelo Direito Constitucional norte-americano à IX Emenda, o que trará subsídios para um melhor entendimento da cláusula de abertura brasileira.

2.2 Origem da IX Emenda

Como se sabe, os Estados Unidos da América originaram-se do processo de independência das então treze colônias inglesas na América do Norte, que culminou em 1776. Naquele momento, logo após o fim dos laços com o Império Britânico, surgiram, pode se dizer, treze países independentes, cada um dotado de soberania, com sua própria constituição e unidos por tratado internacional para defesa de interesses comuns.¹⁴

A partir de então, iniciou-se um processo de unificação, de criação de um Estado Federal, no qual os treze países abdicariam de sua soberania em prol de um governo central, o qual cuidaria dos assuntos de interesse comum, como comércio exterior e defesa externa. Surgiam os Estados Unidos da América, um único país, através da ratificação da Constituição de 1787 (que substituiu os laços internacionais que uniam as ex-colônias até então).¹⁵

Muito embora os direitos fundamentais façam parte da essência de qualquer constituição, o documento norte-americano original, com exceção de poucos dispositivos (NOWAK; ROTUNDA, 2010. p. 415), não previa direitos fundamentais (FARBER, 2007, p. 30).¹⁶ Esses direitos somente foram incorporados em 1791, por meio das dez primeiras

¹⁴ “Em uma situação padrão, um grupo de Estados-membros delega um conjunto de funções para um centro embrionário por meio de um tratado. Todavia, esse ‘Tratado’ torna-se diferente da maioria em geral. Os Estados-membros acham extremamente difícil escapar do comando do centro emergente. De uma maneira ou de outra, o centro busca fazer com que os ‘Tratado’ impeça a promulgação de leis subsequente e inconsistentes por Estados individuais periféricos. Quando os tribunais aceitam essa posição, o ‘Tratado’ assume o status de uma ‘Constituição’. Quando se confrontam com uma lei ordinária de legislação regional, os juízes passam a decidir se essa lei está de acordo com o ‘Tratado ou Constituição’ prevalecente. Se ela não estiver, ela não pode ser considerada lei, apesar dos esforços dos Estados autônomos de se libertarem de suas obrigações com relação ao centro. A transformação (incerta) de um Tratado em Constituição encontra-se, no centro da União Europeia atualmente; também se encontrava no centro da experiência estadunidense entre a Revolução e a Guerra Civil.” (ACKERMAN, 2006, p. XXXI)

¹⁵ Para Bruce Ackerman, a passagem do “tratado” para a “constituição” como fundamento da união das ex-colônias somente se consolidou, em termos práticos, após a Guerra Civil. Segundo o autor, “desde a Fundação até a Guerra Civil, permaneceu a dúvida quanto à União ter sido estabelecida por um Tratado ou por uma Constituição; e durante esse período, a Suprema Corte foi, de maneira abrangente, um tribunal coordenativo, recusando a aplicar o *Bill of Rights* sobre os Estados-membros, e concentrando-se na tentativa de coordenar a luta sobre os Estados com relação a uma série de questões (2006, p. L).

¹⁶ Situação curiosa para os padrões atuais. Segundo o autor: “*From our point of view, one of the most striking things about the Constitution as it went out for ratification was the almost complete absence of protection for individual rights. It did protect the right to habeas corpus, ban certain retroactive laws, and provide for juries in criminal cases. But it said nothing about religious freedom, freedom of press, immunity from self-incrimination, and other constitutional rights that we have come to take for granted. We think of these guarantees as being at the heart of Constitution, but originally they were not there at all.*” (FARBER, 2007, p. 30)

emendas, as quais juntamente com as emendas da reconstrução do país após a Guerra Civil, ficaram conhecidas como *American Bill of Rights* (AMAR, 1998, p. 284).¹⁷

No processo de elaboração da constituição prevaleceu, de um lado, a preocupação em estabelecer as estruturas políticas do país que emergia e, de outro, o entendimento de que a previsão de uma carta de direitos seria desnecessária (pois os direitos eram “auto-evidentes”¹⁸ e estavam previstos em várias constituições estaduais), inútil¹⁹ e até mesmo perigosa, pois a ausência de menção expressa de alguma proteção poderia significar sua inexistência.

Contudo, a necessidade de uma declaração de direitos veio à tona com o processo de ratificação pelos estados. Na ocasião, colocava-se como empecilho à confirmação da Constituição a ausência de direitos fundamentais.²⁰ Para contornar a dificuldade, os federalistas assumiram o compromisso de apresentar projeto de emendas para inseri-los no corpo da constituição (LASH, 2004, p.349). Como compromisso assumido durante a ratificação, James Madison incumbiu-se de apresentar a proposta de declaração de direitos.

¹⁷ “*Clause by clause, amendment by amendment, the Bill of Rights was refined and strengthened in the crucible of the 1860s. Indeed, the very phrase bill of rights as a description of the first ten (or nine, or eight) amendments was forged anew in these years. (...) Here, then, is a remarkable fact: before the adoption of the Fourteenth Amendment, the Supreme Court never – not once – referred to the 1791 decalogue as ‘the’ or ‘a’ ‘bill of rights’.*” (AMAR, 1998, p. 284).

¹⁸ “As vezes grandes textos surgem da reescrita sob pressão. No seu primeiro rascunho da Declaração da Independência, preparado em meados de junho de 1776, Thomas Jefferson escreveu: ‘Consideramos que estas verdades são sagradas e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes [sic], que dessa criação igual derivam direitos inerentes e inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade’. Em grande parte graças às suas próprias revisões, a frase de Jefferson logo se livrou dos soluços para falar em tons mais claros, mais vibrantes: ‘Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade’. Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos. (HUNT, 2009, p. 13)

¹⁹ “De maneira que o objetivo principal no momento da aprovação da Constituição, em 1787, foi estabelecer um sistema de controles e contrapesos ao governo federal, mediante a fixação de um conjunto de competências impeditivas da acumulação e concentração do poder central da união. (...) Isto também por causa da experiência negativa imediatamente anterior das colônias com os excessos do parlamento inglês, a indicar que a mera listagem dos direitos não acarretava conseqüências legais adicionais importantes à limitação do poder.” (PARDO, 2005, p. 81).

²⁰ “*As one of the original ten amendments to the Constitution, the Ninth Amendment shares its origin with that of the Bill of Rights. When the Philadelphia Convention circulated its proposed draft of the Constitution, criticism quickly arose regarding the document’s lack of specifically listed freedoms, such as were common in state constitutions. The omission was seized upon by antifederalist pamphleteers with names like ‘Federal Farmer’ and ‘Brutus’ who circulated flyers throughout the states demanding the addition of a Bill of Rights. Madison and the Federalists defended the document’s lack of such a Bill on two grounds. First, the principle of enumerated powers would sufficiently protect the people from federal invasion of their rights. Second, adding a Bill of Rights might be construed in a manner that would undermine the principle of limited enumerated power.*” (LASH, 2004, p. 348)

Entretanto, coerente com sua preocupação de proteger os direitos não enumerados, inseriu o texto que resultou na IX Emenda (BARNETT, 1991, p. 422).²¹

Convém ressaltar que, até o fim da Guerra Civil (segunda metade do século XIX), os direitos previstos nas dez primeiras emendas não eram dirigidos aos governos estaduais, mas apenas ao federal. Dessa forma, leis estaduais que violassem liberdades ou outras garantias estariam fora do alcance do controle de constitucionalidade.²²

Com a XIV Emenda, a situação foi corrigida, visto que o dever proteger os direitos fundamentais passou a ser dirigido de modo expresso aos estados. Sem maior detalhamento, a emenda em questão possui dois comandos mais relevantes. O primeiro (Seção 1) estabelece que todos os norte-americanos (nascidos ou naturalizados) são cidadãos dos Estados Unidos da América e do estado onde residam; que nenhum estado pode: 1) elaborar ou aplicar leis que violem os privilégios e imunidades dos cidadãos norte-americanos; 2) privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal e 3) negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. O segundo (Seção 5) estabelece que o Congresso (federal) tem o poder de fazer cumprir, através da legislação apropriada, as determinações da emenda.

Assim, após a XIV Emenda, o *Bill of Rights* passou a ser vinculante também para os estados, tendo como garantia o poder de a União fazer cumprir as determinações, através de legislação apropriada. No que diz respeito aos direitos não enumerados, a preservação é garantida por ambas as emendas, de acordo a entidade violadora. Conforme Daniel A. Farber:

Strictly speaking, the Ninth Amendment does not create any rights; it simply upholds the vitality of existing rights. The Fourteenth Amendment then provides a federal guarantee against violations of the rights by state government. So technically, the rights involved should be referred to as 'those rights preserved by the Ninth Amendment in terms of federal power and protected from state violation by the Fourteenth Amendment (2007, p. 16)

Ressalte-se que, em face de peculiaridades do debate jurídico e político dos Estados Unidos, a origem e a finalidade da IX Emenda ainda é objeto de controvérsia. Para uma

²¹ Na defesa do projeto, James Madison afirmou: “*The exceptions here or elsewhere in the Constitution, made a favor of particular rights, shall not be so constructed as do diminish the just importance of others rights retained by the people, as to enlarge the powers delegated by the constitution; but either as actual limitations of such powers, or as inserted merely for a greater caution*” (BARNETT, 1991, p. 422).

²² “*In an early decision the Supreme Court ruled that these ten amendments to the Constitution were not applicable to the states. This holding was correct historically because the drafters of the Bill of Rights designed the amendments as a check on the new national government. This judicially perceived intent of the drafters, however, limited the ability of the courts to control the substance of the state law under the federal constitution.*” (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Ob. cit. p. 416)

corrente, seria uma espécie de cláusula federativa, a proteger os estados (e não os indivíduos) contra os avanços do governo central, devendo ser interpretada como tal e em conjunto com a X Emenda,²³ a qual estabelece a competência remanescente dos estados para as matérias que não foram delegadas à União nem proibidas de modo expreso aos estados. Para Kurt T. Lash:

*Madison conceived the Ninth Amendment in response to calls from state conventions that a provision be added **limiting the constructive expansion of federal power into matters properly belonging under state control.** Madison's original draft of the Ninth Amendment expressly responded to these calls, and he insisted that the same states' rights principle was expressed in the final draft. A rule of construction guarding the retained rights of the people amounted to the same thing as limiting the power of the federal government to interfere with matters believed left to state control. Equating states' rights with the retained rights of the people, however, has long since fallen out of fashion, and it requires a degree of intellectual effort to hear the words of the Ninth Amendment as they were heard by James Madison and the Founders. **There is nothing historically contradictory about linking the prerogatives of the people with the autonomy of the states. The Tenth Amendment, for example, simultaneously reserves nondelegated power to the states and to the people of the several states.** What may be difficult to appreciate from a contemporary standpoint is that, to the Founding generation, preserving the retained rights of the people amounted to the same thing as preserving the retained rights of the states. (2004, p. 394. Grifado).*

Esta corrente lê “direitos conservados pelo povo” como “direitos conservados pelos estados”. Assim, a IX Emenda deve ser lida e aplicada em sintonia com a X Emenda. Dessa forma, não haveria direitos individuais a serem reconhecidos com fundamento na “nona”. Esta seria a posição mais próxima dos partidários do originalismo nos Estados Unidos.

Por outro lado, há outra grupo, para a qual, a preocupação da emenda é proteger direitos fundamentais. Daniel A. Farber é um dos representantes mais recentes. De acordo com ele, é errado afirmar que a IX Emenda dirige-se a preservar os estados contra o governo federal. Primeiro, porque essa já é o objetivo da X Emenda. Segundo, porque o autor do projeto do *Bill of Rights*, James Madison, teve o cuidado de preservar, em emendas distintas, os direitos não enumerados: o das pessoas em uma (a nona) e o dos estados, em outra (a décima). Afirmar o contrário, tornaria a IX Emenda completamente supérflua e misturaria objetos que o autor da proposta fez questão de separar. Terceiro, os estados que foram criados e/ou incorporados aos Estados Unidos da América no século XIX, após a aprovação do *Bill of Rights*, incorporaram em suas constituições dispositivos equivalentes à IX Emenda. Segundo

²³ “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

o autor, “*obviously, they saw the principle of the Ninth Amendment as applying to state governments, not merely as a special kind of protection against the federal government.*” (FARBER, 2007, p. 202-203)

De qualquer forma, embora tenha argumentos relevantes, a primeira corrente não é a que melhor reflete o contexto dos debates da ratificação da Constituição norte-americana e das dez primeiras emendas. Em verdade, dados históricos²⁴ reforçam a correção da segunda corrente, para a qual os direitos “*retained by the people*” se referem aos direitos fundamentais e não a garantias de autonomia federativa.

2.3 Evolução

Após sua entrada em vigor, em 1791, a IX Emenda foi praticamente esquecida por mais de 150 anos, tendo sido invocada, de modo pontual, apenas na década de 1960, em um voto vencido durante o julgamento do caso *Griswold vs. Connecticut*, que tratava da proibição de uso de anticoncepcionais por casais unidos pelo matrimônio (TRIBE, 2008, p. 145). Seria um caso de verdadeira amnésia constitucional:

If the meaning of the Ninth Amendment was so clear, why do I need to write a book to prove my case? Why isn't my view already the law? The problem is that the Ninth Amendment went into hibernation almost as soon as it was created. Unlike the other amendments, it was not a direct response to state-level clamor for a federal bill of rights. Thus, it lacked a preexisting constituency. If the First Congress had legislated broadly on personal matters such as marriage or childbearing, the Ninth Amendment might have become politically salient. But as it turned out, politics in the early republic revolved around others issues, to which the Ninth Amendment was not very relevant. Indeed, the Bill of Rights as a whole made only a sporadic appearance in political debate (FARBER, 2007, p. 45).

Durante esse período, a Suprema Corte utilizou o princípio do devido processo legal para julgar casos a envolver novos direitos (FARBER, 2007, p. 76). Nesse sentido, foi desenvolvida uma teoria acerca da dimensão substantiva do devido processo, sendo muito conhecidos diversos julgados em que a cláusula foi aplicada. Em verdade, é intuitivo que defesa de novos direitos ficaria mais reforçada pela utilização da IX Emenda ou das

²⁴ Segundo a obra de Daniel Farber (2007), especialmente o capítulo 2 (“*Natural rights and the framers*”, p. 21-28), capítulo 3 (“*The debate over whether to have a bill of rights*”, p. 29-37), capítulo 4 (“*Madison's solution*”) e apêndice (“*Misunderstanding the framers*”), p. 201-209.

prerrogativas e imunidades (“*P or I Clause*”) da XIV Emenda do que com o devido processo substantivo. Pelo menos deixaria a Suprema Corte menos vulnerável a críticas.²⁵

Não obstante a “amnésia constitucional”, o debate acerca da IX Emenda foi retomado com grande intensidade na segunda metade da década de 1980, após as audiências de confirmação, no Senado norte-americano, da indicação de Robert Bork para a Suprema Corte. Ao ser questionado acerca de como conciliar o originalismo com a IX Emenda, Bork apresentou uma analogia que entrou para a história dos debates constitucionais daquele país, mas que lhe custou a confirmação para o cargo. Para ele, a “nona” seria como uma mancha de tinta (“*ink blot*”) a esconder conteúdo de uma frase, de modo que um juiz não poderia adivinhar nem atribuir qualquer sentido. Conforme Randy E. Barnett:

The modern debate over the original meaning of the Ninth Amendment was triggered by the testimony of Judge Robert Bork during the hearings over his Supreme Court nomination. After extensive grilling in which he was asked to reconcile his originalism with the text of the Ninth Amendment, he offered the following analogy:

I do not think you can use the ninth amendment unless you know something of what it means. For example, if you had an amendment that says “Congress shall make no” and then there is an **ink blot** and you cannot read the rest of it and that is the only copy you have, **I do not think the court can make up what might be under the ink blot**

...

*Coming from someone committed to originalism, this statement was controversial to say the least. **Within months, an extensive literature on the Ninth Amendment began to accumulate.** Just as interesting as his Senate testimony was how Judge Bork treated the Ninth Amendment in his later book, *The Tempting of America*. There, he switched his ink blot metaphor to the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment (BARNETT, 2006, p. 10).*

A reação à declaração de Robert Bork de que a IX Emenda seria tão obscura quanto o conteúdo de uma declaração oculta em uma mancha de tinta provocou fortes reações no debate constitucional norte-americano.²⁶ Dentre estas reações, fez renascer (ou nascer mesmo) os estudos mais aprofundados acerca da matéria.

²⁵ “*With the exception of this recente case [Sanz v. Roe - 526 U.S. 489 (1999)], the P or I remains almost forgotten, just like the Ninth Amendment. Given that the Court did much the same thing through the Due Process Clause, the confusion may not have actually affected the outcomes of many cases. **But using the Due Process Clause has made the Court more vulnerable to attack.** The P or I Clause by its very terms protects an individual’s substantive rights, while the Due Process Clause looks more like a guarantee of fair trials. The historical basis for using the Due Process Clause to protect fundamental rights is much weaker. **As a result, the Court has opened the door to attacks on the whole enterprise of using fundamental rights by using the wrong clause**” (FARBER, 2007, p. 81. Grifado).*

²⁶ Segundo Ronald Dworkin, “a melhor interpretação para a derrota de Bork não é que ele foi derrotado por ter um zelo demasiadamente rígido pela soberania da lei, mas porque sua teoria do direito – sua ideia acerca das exigências dessa soberania da lei – é superficial e medíocre.” (DWORKIN, 2006. p. 453). Mais adiante, o

2.4 Critérios para o reconhecimento de um direito como “*retained by the people*”

Em um capítulo intitulado “*a user’s guide to Ninth amendment*”, Daniel A. Farber (2007, p. 101) propõe alguns fatores e critérios para a identificação e reconhecimento de direitos não enumerados: 1) existência de precedente da Suprema Corte estabelecendo o direito ou direitos análogos; 2) existência de conexões com garantias constitucionais específicas; 3) tradições longas e específicas a respaldar o direito; 4) consenso social contemporâneo sobre a validade do direito; 5) decisões de legisladores e juízes reconhecendo o direito; 6) as mais amplas e recentes tradições americanas consistentes com o direito; 7) decisões de legisladores e juízes internacionais reconhecendo o direito (FARBER, 2007, p. 108). A justificar os critérios, o autor arremata:

This factors are not listed in any specific order, but in general, the items earlier on the list are likely to get more weight. The factors lower on the list become more relevant when the earlier factors are absent or ambiguous. But the ordering should not be considered too rigid. It would be a waste of time to agonize too much about the exact order of the list, when each case is likely to present its own especial problems. Does this approach actually work? The only way to find out is to try out the approach on some hard questions and see how well it functions. (FARBER, 2007, p. 108)

Observe-se, nos critérios apontados, a prevalência dos precedentes constitucionais, do reconhecimento no âmbito internacional e da ampla aceitação social para a fundamentação de um novo direito. Após indicar os critérios, o autor faz testes com algumas expectativas, de modo a verificar se se estaria diante de direitos fundamentais fora do catálogo.²⁷

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

3.1. Classificação dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988

José Afonso da Silva (2008, p. 184) apresenta uma classificação, com base no direito positivo brasileiro: 1) direitos fundamentais expressos; 2) direitos fundamentais decorrentes

mesmo autor afirma: “Não há dúvida de que Bork foi vítima de distorções escandalosas e de argumentos falaciosos, que deixavam de lado todo o essencial. Porém, não penso que essas falsas representações tiveram, em sua derrota, um papel tão importante quanto ele crê. Bork foi derrotado sobretudo porque questionou um estilo de interpretação da Constituição que passou a fazer parte da tradição política norte-americana e que a maioria do público, para surpresa dele, apóia” (DWORKIN, 2006, p. 460).

²⁷ A saber: “*reproductive rights*”, “*the end of life*”, “*gay rights*”, “*education*” “*the right to government protection*” e “*the right to travel*”.

dos princípios e regime adotados pela Constituição e 3) direitos fundamentais decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil. Em sua exposição, o autor restringe os “direitos expressos” aos do art. 5º.²⁸ No entanto, ao acrescentar o critério relativo ao conteúdo, indica seis categorias: 1) direitos individuais; 2) direitos à nacionalidade; 3) direitos políticos; 4) direitos sociais; 5) direitos coletivos e 6) direitos solidários.

Ingo Wolfgang Sarlet parte da proposta de José Afonso da Silva e a aperfeiçoa. Assim, separa os direitos fundamentais em dois grandes grupos: 1) direitos fundamentais escritos e 2) direitos fundamentais não escritos. Os primeiros se dividem em: 1.1) direitos previstos expressamente no catálogo ou em outras partes do texto constitucional e 1.2) direitos previstos em tratados internacionais em vigor. O segundo grupo se divide em: 2.1) direitos implícitos (subentendidos das normas de direitos fundamentais expressas) e 2.2) direitos decorrentes do regime e dos princípios. Nas palavras do autor:

Neste contexto, ousando divergir, em parte, da proposta classificatória de José Afonso da Silva, e com base no que já foi exposto relativamente a este ponto (desconsiderados, aqui, outros critérios viáveis de classificação), já podemos sustentar a existência de **DOIS GRANDES GRUPOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, notadamente os **direitos expressamente positivados** (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os **direitos não escritos**, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional). No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos **expressamente previstos no catálogo** dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com status constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais **sediados em tratados internacionais** e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos **direitos fundamentais implícitos**, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J.A. da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de **direitos decorrentes do regime e dos princípios**. Tal classificação deverá, doravante, servir de referencial para o desenvolvimento da análise da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais em nossa Lei Fundamental, ora intentada (SARLET, 2011, p. 87. Grifado).

Segundo David Wilson de Abreu Pardo,

²⁸ “O critério da fonte leva em conta a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias fundamentais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Daí as três fontes dos direitos e garantias: (a) **expressos (art. 5º, I a LXXVIII)**; (b) os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; (c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.” (SILVA, 2008, p. 182-183. Grifado).

Os direitos **implícitos** se diferenciam dos direitos **decorrentes** do regime e dos princípios porque são mais bem entendidos como direitos que resultam da redefinição do campo de incidência dos direitos fundamentais específicos já expressamente enumerados no catálogo constitucional, ou de uma dedução deles. Há ainda direitos específicos que não se encontram expressamente enumerados no catálogo constitucional, mas que podem ser identificados como direitos fundamentais por uma simples referência ao texto constitucional. Eles são direitos expressamente previstos em outras partes da Constituição (PARDO, 2005, p. 241).

Apresentada a classificação entre direitos escritos (na Constituição ou em tratados) e não-escritos (implícitos ou decorrentes),²⁹ fazer-se-á breve levantamento de alguns direitos implícitos ou decorrentes em debate no Brasil. Por questão de espaço, não serão abordados direitos com sede em normas de direito internacional.

3.2 Alguns direitos fundamentais não expressos (fora do catálogo) reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, a anterioridade tributária. Embora prevista no art. 150, III, b, da Constituição Federal (fora, pois, do Título II), é considerada direito fundamental e, como tal, dotada de aplicabilidade imediata e protegida contra emenda constitucional tendente a aboli-la. Este, na verdade, é o exemplo clássico e obrigatório feito em qualquer exposição acerca da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no Brasil. Em verdade, foi o primeiro caso, na vigência da Constituição de 1988 que o STF apreciou pedido de reconhecimento de direito fundamental com base no art. 5º, § 2º (VIEIRA, 1999, p. 165).

Em segundo lugar, a proteção ao meio ambiente. Trata-se de outro direito fora do catálogo, mas igualmente fundamental mediante confirmação do STF (FENSTERSEIFER; SARLET, 2013, p. 49-50).

²⁹ No direito norte-americano prefere-se a expressão “não enumerados” (“*unenumerated*”) a “não escritos” (“*unwritten*”) para indicar direitos sem menção na Constituição. Ronald Dworkin entende que não faz sentido distinguir direitos enumerados de não enumerados (“...*I think that the distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights, a distinction presupposed by our assignment, is bogus*”). No entanto, disse isso em um trabalho denominado “*Unenumerated rights: whether and how roe should be overruled.*”, no qual discute a temática do aborto nos Estados Unidos. Há tradução do texto para o português, sob o título “O que diz a constituição”, no capítulo 3 do livro “O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana” (DWORKIN, 2006). No texto original, Dworkin debate com Richard A. Posner acerca de tais direitos. A réplica de Posner foi publicada sob o título de “*Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights.*” (*University of Chicago Law Review*. nº 59, Winter/1992, p. 431-450). Também há tradução para o português, revisada, sob o título “O raciocínio jurídico de cima para baixo e de baixo para cima”, no capítulo 5 do livro “Para além do direito” (POSNER, 2009).

Portanto, em pelo menos duas matérias (tutela do meio ambiente e anterioridade tributária), o STF já reconheceu em seus julgados a existência de direitos fundamentais fora do catálogo da Constituição de 1988.

3.3 Direitos (possivelmente) fundamentais ainda não reconhecidos pelo STF

O rol de direitos pretensamente fundamentais é muito grande e o grau de subjetividade no seu reconhecimento, idem. De qualquer forma, embora não haja aprofundamento em cada uma das reivindicações a seguir, convém observar dois pontos em comum entre os temas reunidos neste tópico: 1) há intensa produção doutrinária sobre eles e 2) o STF ainda não lhes reconheceu o *status* de direito fundamental.

Haveria um direito ao esquecimento? A questão pode ser assim resumida:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vem à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito (SCHREIBER, 2013, p. 170)

Em julgados muito recentes,³⁰ o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que sim. A Corte apreciou casos envolvendo programas de televisão de emissora de alcance nacional que a veicular reportagem (ou documentário) sobre crimes ocorridos no passado. Nelas, havia a menção de pessoas que ou já tinham cumprido pena ou tinham sido inocentadas nos processos em que foram réus. Nesses casos, levando em conta o longo tempo passado entre os fatos, o processo e a data do programa a ser exibido, o tribunal entendeu que as pessoas tinham o direito de serem esquecidas pelo grande público.

No julgamento do REsp nº 1.334.097-RJ, que teve como pano de fundo o episódio que ficou conhecido nacionalmente como “chacina da Candelária”, predominou o entendimento de que um dos acusados (absolvido no júri por negativa de autoria) teria o direito de não ser mencionado ou identificado. Consta da ementa:

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a

³⁰ Com destaque para o REsp nº 1.334.097-RJ. Julgado em 28.05.2013.

fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. (...) 12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

Na fundamentação, o STJ reforçou o fato de não haver direito fundamental absoluto e de a liberdade de imprensa possuir limitações constitucionais.³¹ Realçou a segurança jurídica:

O Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais).³²

Assim, segundo a Corte, se aqueles que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo dos antecedentes e à exclusão da condenação nos institutos de identificação, “por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos”.³³

De qualquer forma, a Corte partiu da constatação de que a solução do caso demanda solução transversal, interdisciplinar, pois abrange controvérsia apenas obliquamente constitucional, as quais em princípio não seriam apreciadas pelo STF.

Embora no Brasil a proteção ao direito ao esquecimento tenha sido inserida através de decisão de uma corte superior cuja competência predominante é relativa ao direito infraconstitucional, na Alemanha, o direito ao esquecimento (ou pelo menos um dever de

³¹ Item nº 8 da Ementa.

³² Item nº 13 da Ementa.

³³ Item nº 14 da Emenda.

contemporaneidade da veiculação da notícia) foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, com base no livre desenvolvimento da personalidade, no julgamento do caso *Lebach*.³⁴

Voltando ao Brasil, no entanto, o STJ decidiu o caso com argumentos limítrofes entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, reconhecendo se tratar de violações constitucionais apenas reflexas, de modo que a matéria dificilmente seria apreciada pelo STF.³⁵ De qualquer forma, o Supremo ainda não debateu, na vigência da Constituição de 1988, a fundamentalidade de um direito ao esquecimento.

Se já se reconhece um direito de ser esquecido, existe, paradoxalmente, um direito à memória? A resposta tende a ser afirmativa, levando-se em conta que tal direito se insere no contexto macro de transição de regimes autoritários para democracias, como as ditaduras latino-americanas (Brasil, inclusive) e as de vários países que formavam o bloco comunista (Alemanha Oriental, por exemplo).³⁶ Note-se:

Se a verdade é pressuposto e conteúdo do direito positivo brasileiro e, segundo a compreensão da filosofia político-republicana, um elemento dinâmico do encontro das versões individuais sobre fatos no mundo, segundo as informações livremente asseguradas a todos, além de ser um dos elementos formadores de identidades particulares e coletivas, poderíamos dar um passo adiante e falar de um direito fundamental à verdade? Sim. (ALMEIDA; SAMPAIO, 2009, p. 262-263).

Para justificar a afirmação, os autores apresentam o dever de transparência, como inerente à atividade estatal e que “o direito à informação, ou liberdade informacional (*Informationelle Selbstbestimmung*), tem como premissa o fato de que o poder público não detém informação em seu interesse próprio, mas o faz em benefício de todos os membros da coletividade.” Em suma, “o direito à verdade advém do regime e dos princípios constitucionais, bem como dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil (art. 5º, § 2º)” (ALMEIDA; SAMPAIO, 2009, p. 263).

No que tange à inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos, haveria um direito fundamental fora do catálogo, com respaldo no art. 228 da Constituição de 1988?³⁷

³⁴ BVerfGE 35, 202 (SCHWABE, 2005, p. 486). Consta do julgado do Tribunal Constitucional alemão: “A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex., na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização)” (SCHWABE, 2005, p. 488).

³⁵ Item nº 1 da Ementa.

³⁶ Sobre o debate acerca da “possibilidade de punição na República Federal da Alemanha dos homicídios praticados pelos guardas de fronteira” da Alemanha Oriental (“DDR”) (NEUMANN, 2009, p. 129-156).

³⁷ “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

A matéria é controvertida, pois apresenta argumentos juridicamente relevantes tanto em um sentido como em outro. De um lado, o constituinte de 1988 poderia ter incluído o teor do art. 228 no artigo 5º. Se tivesse colocado, não haveria dúvida sobre a fundamentalidade da proteção. No entanto, não o fez. Assim, sua opção dá entender que não queria que a inimputabilidade penal do menor fosse um direito fundamental. Ocorre que tal argumento é constitucionalmente fraco. Primeiro, porque, como se demonstrou anteriormente, um direito não precisa estar no catálogo para ser fundamental (basta lembrar a anterioridade tributária e a proteção ao meio ambiente). Segundo, porque o disposto no art. 228 teria todos os elementos materiais de um direito fundamental: a tutela de pessoas presumidamente vulneráveis contra a ação estatal; a vinculação à dignidade humana dos menores; a proteção a um valor constitucionalmente relevante, no caso da juventude (se o meio ambiente é tratado como uma proteção das futuras gerações, o que dizer da proteção à juventude, que corresponde à própria “futura geração”?) e o reforço através de normas internacionais.³⁸

Na outra ponta, o direito brasileiro reconhece que a presunção de que o menor de dezoito anos não tem consciência do caráter ilícito de suas condutas não deve ser absoluta. Dessa forma, as leis atribuem vários direitos e responsabilidades, como o voto, a possibilidade de casamento e a emancipação civil (chegou-se a aprovar lei a permitir que menores com dezesseis anos pudessem dirigir, a qual foi vetada na Presidência da República) (NUCCI, 2007, p. 266). Assim, não haveria, na prática, como separar por completo a responsabilidade penal dos deveres cívicos, negociais e familiares. A violação de cada um desses deveres acarretam danos individuais e coletivos. Dessa forma, uma interpretação sistemática levaria à conclusão de que o art. 228 não constitui direito fundamental e poderia mesmo ser abolido.

Na prática, somente quando (ou se) o Congresso Nacional aprovar emenda diminuindo a idade estabelecida no art. 228 da Constituição de 1988 é que o STF poderá dar a palavra final sobre a fundamentalidade da tutela penal dos menores de dezoito anos.

Existe um direito fundamental de acesso à internet? Para Ivar Alberto Martins Hartmann, sim (2010, p. 158-293). Para ele, seria um direito com dimensões subjetivas (o acesso pessoal à rede) e objetivas (um bem ou valor coletivo) inseridas no conjunto dos direitos fundamentais. Além disso, haveria uma dimensão negativa (2010, p. 162) e uma positiva (2010, 162, p. 165), além de vincular particulares (2010, p. 185-193).

Embora seja questionável afirmar que a exclusão digital seria pior que a exclusão social, é indiscutível a relevância do valor a ser preservado pelo direito de acesso à internet.

³⁸ A República Federativa do Brasil internalizou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Juarez Freitas (2007) afirma existir um direito fundamental à boa administração pública. Seria um direito fundamental?

Partindo do pressuposto de que a concretização do Estado Social e Democrático de Direito constitui a meta a do sistema jurídico brasileiro, o Estado (e, conseqüentemente a Administração Pública) deve se fazer presente, com vistas a concretizar ou permitir que os particulares concretizem os direitos fundamentais. Nesse contexto, as pessoas tem a justa expectativa de que o Poder Público não seja omissivo nem excessivo, ou seja, que atue bem. Em outras palavras, um direito (que, em linhas gerais pode ser exigido de imediato, e que não pode ser abolido) a uma boa administração pública.

Dessa forma, não há outra resposta senão a afirmativa: embora fora do catálogo, existe sim um direito fundamental à boa administração pública. Segundo Juarez Freitas:

Trata-se do direito fundamental à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilização por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (2007, p. 20).

Por fim, um direito aparentemente fundamental, mas que o STF entende que não é um direito fundamental autônomo na Constituição de 1988: o direito a interpor recurso a uma instância superior (SARLET, 1996, p. 26).

Nesse caso, ao contrário do primeiro grupo de exemplos (anterioridade tributária e meio ambiente), em que o STF confirmou a fundamentalidade de tais direitos, e do segundo grupo (esquecimento, memória e verdade, inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos, acesso a internet e boa administração pública), aos quais ainda não há manifestação específica, o STF já se manifestou: não existe um direito fundamental a recurso a uma instância judicial superior (SARLET, 1996, p. 26).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do trabalho, algumas pré-compreensões ficam reforçadas e algumas conclusões tornam-se inevitáveis:

1 Os direitos fundamentais possuem características formais (superioridade hierárquica, proteção contra reforma ou abolição e aplicabilidade imediata) e materiais (tutelam os bens e valores mais importantes de cada sociedade em cada momento histórico).

2 No direito brasileiro, os direitos fundamentais devem ter respaldo constitucional. Mesmo aqueles que possuem previsão em normas de direito internacional somente se fundamentalizam nos termos estabelecidos pela Constituição.

3 A Constituição brasileira de 1988 possui um extenso rol de direitos fundamentais, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Ainda assim, é aberta ao reconhecimento de novos direitos, em face do art. 5º, § 2º segundo o qual os direitos e garantias expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

4 A cláusula de abertura material é tradicional no direito brasileiro e tem sua origem na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e foi ratificada em 1791. No entanto, naquele país, novos direitos são reconhecidos, na prática, através da cláusula do devido processo legal, conforme jurisprudência da Suprema Corte.

5 No direito brasileiro, há direitos fundamentais com expressa menção na Constituição (no catálogo ou fora dele) e direitos fundamentais sem menção expressa (direitos implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

6 O debate sobre direitos não enumerados no Brasil já chegou ao Supremo Tribunal Federal, tendo reconhecido, como fundamentais o direito à anterioridade tributária e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

7 Por outro lado há situações que o Supremo Tribunal Federal entende não haver direito fundamental, como a possibilidade de interpor recurso a uma instância judicial superior. Para o STF, nesse caso, não há direito fundamental a recorrer judicialmente.

8 Por fim, existem direitos pretensamente fundamentais, mas que ainda não foram confirmados pelo STF, como o direito ao esquecimento, à memória e à verdade, ao acesso à internet, à boa administração pública e à inimizabilidade penal do menor de dezoito anos.

Em suma, a abertura material do catálogo de direitos fundamentais é uma necessidade inerente a todos os sistemas constitucionais, pois permite sua atualização em face das novas demandas por direitos que surgem a cada momento. Vários países possuem comando expresso a determinar o reconhecimento de novos direitos, como Estados Unidos, Brasil e Portugal. No entanto, mesmo países que não o possuem de modo claro, como no caso da Alemanha, utilizam-se de outros mecanismos para permitir uma proteção eficaz dos direitos fundamentais ao longo do tempo.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional.** Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AMAR, Akhil Reed. *The bill of rights: creation and reconstruction.* New Haven: Yale University, 1998.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 3ª ed. 2ª reimpressão da edição de 2004. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. SAMPAIO, José Adércio Leite. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Orgs.). **Memória e verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2009
- BARNETT, Randy. *A ninth amendment for today's constitution.* **Valparaiso Law Review.** Vol. 26, nº 01, 1991. p. 419-435. Disponível em: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol26/iss1/26>. Acesso em: 03.11.2013.
- BARNETT, Randy E. *The ninth amendment: it means what it says.* **Texas Law Review.** Vol. 85, nº 1, november 2006. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/documents/BarnettR082405.pdf>. Acesso em: 13.02.2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDAES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: São Paulo, 2006.
- FARBER, Daniel A. *Retained by the people: the "silent" ninth amendment and the constitutional rights americans don't know they have.* New York: Basic Books, 2007.
- FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. 5ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **Ecodemocracia**: a proteção do meio ambiente no ciberespaço. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HEUN, Werner. *The constitution of Germany: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2011.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASH, Kurt T.. *The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment*. **Texas Law Review**. Vol. 83, nº 2, December 2004. p. 331-429. Disponível em: http://www.constitution.org/9ll/schol/kurt_lash_lost_9th.pdf. Acesso em: 03.11.2013

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. (Orgs.) **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129-156

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados**: justificação e aplicação. Tese de doutorado em Direito. Orientador: Sílvio Dobrowolski. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005. Disponível em: http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/tese_direitos_fundamentais_nao_enumerados_justificacao_e_aplicacao.pdf. Acesso em: 11.10.2013.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIEROTH, Peter; SCLHINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 33, nº 131, jul-set 1996. Brasília: Senado Federal. p. 05-30.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Trad. Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldês Ferreira. Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de Derecho para Sudamérica): Montevideo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: 2008.

TRIBE, Laurence H.. *The invisible constitution*. Oxford University Press: New York, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.