

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 e o reconhecimento de novos direitos fundamentais

Leandro Maciel do Nascimento

RESUMO

O artigo aborda os aspectos essenciais da cláusula de abertura dos direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988. São apresentados os conteúdos formal e material dos direitos fundamentais. Descreve-se a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América como origem da cláusula de abertura, bem como sua interpretação e evolução. Por fim, são elencados alguns direitos fundamentais não expressos no direito constitucional brasileiro, os quais serão divididos em três grupos: em primeiro lugar, o dos que foram expressamente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a anterioridade tributária e o meio ambiente ecologicamente equilibrado; em segundo lugar, o dos que foram expressamente negados, como o duplo grau de jurisdição e o, por fim, o dos que ainda não foram apreciados por aquela corte, como o direito ao esquecimento, à inimizabilidade penal do menor de dezoito anos, à boa administração pública e ao acesso à internet.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos não expressos. Cláusula de abertura.

The article 5th, § 2th of the current Brazilian Constitution and recognition of new fundamental rights

ABSTRACT

This article is proposed to discuss the chief topics about unwritten fundamental rights under current Brazilian constitution. At first, it introduces the formal and material fundamental rights content. Then, it describes the origins of the source of unwritten rights in the American constitutional law: the IX Amendment to US Constitution and its interpretation by American judges and scholars. At last, it shows some examples of unwritten fundamental rights under current Brazilian constitution, like rights in taxation, environment, judicial process, privacy (right to be forgotten), criminal responsibility for people under eighteen years old, public administration and access to internet, by analyzing decisions from Brazilian Supreme Court and doctrine about this theme.

Keywords: Fundamental rights. Unwritten rights. Constitutional openness clause.

1 INTRODUÇÃO

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

Leandro Maciel do Nascimento é Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS). Professor de Direito Constitucional. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí.

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. 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, previstos no texto original aprovado em 1787, 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 livre 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 desse rol, a Constituição brasileira é aberta ao reconhecimento de novos direitos. Seu art. 5º, § 2º, 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”, permite o reconhecimento de outros, não enumerados.

O reconhecimento de novos direitos é uma demanda natural das sociedades. Para Andrade (2012, p.67), é uma verdadeira história sem fim. Para 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 originalista¹ dos dispositivos constitucionais ou de postura hermenêutica semelhante. Sendo assim, 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 ou aquela pretensão é um direito fundamental, as controvérsias surgem. As dúvidas residem principalmente quanto a um possível conceito material de direitos fundamentais e o estabelecimento de critérios de identificação constitucionalmente adequados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a existência de direitos fundamentais fora do Título II da Constituição brasileira de 1988. O caso mais conhecido e citado trata de matéria tributária e originou-se de julgamento proferido acerca da incidência do imposto provisório sobre movimentação financeira (IPMF), criado pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993. A norma que o tributo determinou o afastamento do princípio da anterioridade e autorizou sua imediata cobrança. No entanto, o STF entendeu que, mesmo estando fora do rol, a anterioridade tributária era (como ainda hoje é) um direito fundamental e julgou inconstitucional o seu afastamento pelo constituinte derivado (Vieira, 1999, p.164-169). Além deste, há outros casos expressamente reconhecidos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). No entanto, em outros julgamentos, o STF não reconheceu a fundamentalidade de outras pretensões, como a possibilidade de interpor recurso a uma instância superior (SARLET, 1996, p.23).² Por fim, existem outros direitos e interesses possivelmente fundamentais que ainda não foram analisados pela Corte.

¹ “O originalismo pode ser sucintamente definido como o método de interpretação constitucional que atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido no momento em que foi adotada, ou às intenções daqueles que a adotaram. Um outro modo de definir o originalismo consiste em considerá-lo uma abordagem interpretativista da constituição, por oposição a uma abordagem não interpretativista. O interpretativismo envolve a decisão das questões constitucionais com base apenas nas normas explicitamente contidas na constituição ou naquelas que podem considerar-se claramente implicadas no seu texto; o não interpretativismo sustentaria a vigência de normas constitucionais que não podem ser descobertas “within the four corners of the document” (BRITO, 2005, p.55-56).

² “Se nos aferrarmos à ideia dominante no senso comum de que a possibilidade de ver submetida a decisão adversa a uma revisão por uma outra instância é um anseio inerente à personalidade humana, lograríamos até mesmo solucionar a questão à luz do direito natural. Desconhecidas são (ao menos atualmente) as ordens jurídicas que não contemplam a possibilidade, ainda que por vezes limitada, de recorrer das decisões judiciais para uma instância diversa. Até mesmo sob a égide do regime feudal e do absolutismo, o apelo ao senhor ou monarca, numa derradeira tentativa de obter clemência (principalmente na esfera criminal), era de uso corrente. Assim, parece razoável que o direito de acesso a um segundo grau de jurisdição e, consideradas as diferenças já apontadas, o de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior encontram-se fundados no valor maior da dignidade humana, além de guardarem sintonia com a sistemática da Constituição e do ordenamento jurídico. [...] Contudo, ainda assim não parece ser lícito o entendimento de que o acesso ao duplo grau de jurisdição possa ser tido – ao menos com base nesses argumentos – como direito fundamental autônomo, mesmo de acordo com os parâmetros do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, eis que não se trata, neste caso, de direito fundamental implícito (*stricto sensu*), no sentido de subentendido nas normas de direitos fundamentais do catálogo ou decorrente do “regime” e dos “princípios”, pelo menos na acepção que emprestamos a estes termos. Pelos mesmos motivos, não há como falar de um direito fundamental autônomo de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior” (SARLET, 1996, p.23).

Fundamentalizar um direito é atividade complexa e requer certa parcimônia, pois o transforma em cláusula pétreia e possibilita sua exigibilidade imediata (SARLET, 2015, p.146).³ 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, tanto pelo Estado quanto pelos particulares, bem como acarretará restrições ao legislador ordinário.⁴

Neste contexto, é necessário indicar critérios para encontrar direitos fundamentais 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. Na terceira, passar-se-á ao debate brasileiro, onde serão brevemente apontados alguns direitos cuja fundamentalidade já foi objeto de decisão por parte do STF. Além deles, serão indicados outros que ainda não passaram pelo crivo da Corte.

Por fim, um esclarecimento quanto ao objeto do trabalho. Foram estabelecidas duas limitações: primeiro, a análise ficará restrita aos direitos (fundamentais) constitucionais (expressos ou decorrentes dos princípios ou do regime da Constituição brasileira de 1988), excluindo-se direitos (humanos) previstos unicamente em normas internacionais (SARLET, 2015, p.116-117) e, segundo, serão analisados apenas direitos que tenham fundamentação em algum dispositivo fora do Título II da Constituição (o qual corresponde ao “catálogo”).

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

“O que significa ter um direito?” Esta é a indagação feita por Vieira (2006, p.19) no capítulo inicial da obra em que apresenta uma leitura da jurisprudência do STF sobre direitos fundamentais. É pergunta aparentemente simples, mas que, vista de perto, apresenta complexidade. Equivale em dificuldade à busca de um conceito de Direito, pergunta esta que talvez seja “a que causa maior inquietação e desorientação entre os

³ Quanto aos direitos fundamentais não expressos, “parece inequívoco que as posições enquadradas nesta categoria se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo da Constituição, constituindo direito imediatamente aplicável (art. 5º, § 1º, da CF) e passando a integrar os rol das ‘cláusulas pétreas’ (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF) [...]” (SARLET, 2015, p.146).

⁴ “Neste sentido, ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: **de um lado**, e no que respeita às relações entre indivíduos e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; **de outro lado**, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros foram uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica” (NOVAIS, 2006, p.34. Grifado).

juristas” (NINO, 2013, p.11)⁵ e cujas respostas são as mais numerosas, variadas, estranhas e paradoxais possíveis (HART, 2007, p.6).⁶

Em verdade, existem “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”. Desse modo, 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 debater o assunto, de maneira que são apresentados “conceitos 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 autor da pergunta acima: “ter direitos” significa ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado. Significa possuir uma situação favorável, consistente em uma reivindicação ou em um poder, imunidade ou liberdade (VIEIRA, 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” (VIEIRA, 2006, p.24).

Se “ter direitos” é poder exigir algum dever de alguém, o que são “direitos (constitucionais) fundamentais”? São justificativas respaldadas em uma constituição para que se possa exigir algo (ação, omissão ou tolerância) do Estado ou de outras pessoas. São os trunfos dos indivíduos contra a maioria, aos quais se refere Dworkin (2002, p.XV)⁷ e posteriormente abordados por Novais (2006, p.17-18).⁸

⁵ “Essa pergunta [o que é “direito”?] é, talvez, a que causa maior inquietação e desorientação entre os juristas. Não deixam de ser surpreendentes as dificuldades e discordâncias que parecem surgir entre os estudiosos do direito quando se entregam à tarefa de identificar e classificar os fenômenos a cujo estudo dedicaram toda sua vida e que, por outro lado, não parecem ser nada misteriosos nem requer técnicas especiais de observação. Sem dúvida, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, entre outros, teriam tanta dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas; na maior parte dos casos, bastaria que indicassem alguns objetos ou fenômenos ou fornecessem uma breve explicação para transmitir uma ideia mais ou menos precisa do que eles estudam. Se os juristas não conseguem resolver a questão de modo tão simples, isso não decorre, quase com certeza, de uma incapacidade profissional ou do fato de o direito ser tão extraordinariamente complexo, elusivo e variável que escapa do âmbito de qualquer definição” (NINO, 2013, p.11).

⁶ “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.6).

⁷ 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).

⁸ “Propomo-nos fazer aqui uma reflexão sobre as relações complexas entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, recorrendo basicamente à ideia originária de Dworkin segundo a qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre todas as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade do trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas de outros naipes. Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro ‘jogador’ é o Estado, já que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais em face do Estado, ter um direito

Na prática, o que diferencia um direito “fundamental” de um “legal”, “contratual” ou “moral”,⁹ 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, “direitos 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 acolhidos pelo constituinte, 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 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,

fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia” (NOVAIS, 2006, p.17-18).

⁹“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 espalho ocupado por ‘direitos naturais’ enquanto algo contraposto a ‘direitos positivos’” (BOBBIO, 2004, p.7).

designam as “posições jurídicas subjectivas atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos” (ANDRADE, 2012, p.72). Como também podem ser direitos do indivíduo que vinculam o Estado, cuja “particularidade relativamente a outros direitos subjetivos reside na sua categoria constitucional. Exigem justificação ao Estado e são-lhe a este respeito anteriores” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p.49).¹⁰

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

A posição de Canotilho (2003, p.377-379) 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. A propósito, segundo entendimento corrente (mas não unânime¹¹), 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 Andrade (2012, p.48), para o qual os direitos fundamentais têm como base material o princípio da dignidade da pessoa humana. Hesse (1998, p.225), igualmente trabalha com a distinção entre fundamentalidade formal e material. Assim, quanto ao primeiro aspecto, indica a previsão expressa no catálogo constitucional, a qual de antemão indica ser insuficiente; quanto ao segundo, afirma que a existência de direitos fundamentais fora do catálogo da Lei Fundamental indica a necessidade do estabelecimento de critérios materiais de definição.¹² Em sentido parecido,

¹⁰ “Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais (‘direito natural positivado’), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p.48).

¹¹ “Em primeiro lugar, parece oportuna a menção – de modo especial à luz de nosso direito constitucional positivo – de que se revela no mínimo passível de discussão a qualificação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado em si mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo, em que pese sua importante função, seja como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais (mas não só destes), seja na condição de fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes. De outra parte, e aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo de direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2015, p.97).

¹² “O primeiro título da Lei Fundamental leva o epígrafe: ‘os direitos fundamentais’. Com isso, a própria Lei

Pieroth e Schlink (2012, p.58), os quais indicam as categorias de “direitos fundamentais” (localizados no Capítulo I – arts. 1º ao 19 – da Lei Fundamental) e “direitos equiparados aos direitos fundamentais”.

Na Espanha, Perez-Luño (2013, p.42) 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*”. Por sua vez, Freijedo (2004, p.28) aponta uma dupla fundamentalidade: externa (metajurídica) e interna (jurídica). Para a primeira, no paradigma do Estado Liberal, um direito fundamental seria uma posição prévia, externa e superior aos demais direitos (constitucionais inclusive). No entanto, ressalta que a fundamentalidade interne (jurídica) é o elemento formal (e preponderante) a caracterizar os direitos fundamentais: somente os serão aqueles que ocuparem a mais alta posição jurídica em relação às demais normas do ordenamento.¹³ Ou seja, os que tiverem a “tutela reforçada” a que se refere Perez-Luño (2013, p.42).

No Brasil, Sarlet (2015) também aponta uma dupla fundamentalidade. De um lado, a formal, a abranger abrange três aspectos: 1) posição hierárquica (“como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza suprallegal”); 2) proteção contra reforma ou abolição (“na qualidade de normas constitucionais, encontram-se, submetidos aos limites formais (procedimentais) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60, da CF)”); e 3) aplicabilidade direta e imediata (“que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §, 1º)”). 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” (SARLET, 2015, p.75-76).¹⁴

O mesmo autor, após advertir que qualquer conceituação que “almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata” o conteúdo material dos direitos fundamentais

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 4º, 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).

¹³ “Una Constitución no lo es por contener una declaración de derechos, como pretendía el artículo 16 de la DDCH [Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão]. Lo es por su más alta posición jurídica respecto de normas del ordenamiento, o sea, por su carácter de norma fundamentadora de todas las demás. Si esto es cierto, la explicación de por qué unos derechos son ‘fundamentales’ es sencilla. Lo son, porque y en la medida en que participan de esa posición de supremacía que tiene la Constitución en la que están insertos; por el contrario, no son calificables como fundamentales si carecen de ese rango o quedan desprovistos de él y entran en el campo de la entera y libre decisión del legislador” (FREIJEDO, 2004, p.31).

¹⁴ “Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais [...]” (SARLET, 2015, p.76).

“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). (SARLET, 2015, p.78)

Assim, há dois caminhos para a identificação de um direito fundamental na Constituição de 1988. Primeiro, consultar os direitos expressos, constantes dos dispositivos 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, sob o seguinte texto: “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, 2015, p.79), 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 para fundamentalizar alguma pretensão requer argumentos convincentes:

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. (MARMELESTEIN, 2013, p.204-205. Grifado)

E o que é esta “argumentação convincente”? Nada mais do que a demonstração da “substância e relevância” de um determinado direito para poder ser equiparado aos do catálogo constitucional (SARLET, 2015, p.93).¹⁵ Senão, observe-se.

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 conquistas¹⁶. Nasceram “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.6). Em outras palavras, “nasceram quando devem ou podem nascer”, através de uma “revolução contínua” (HUNT, 2009, p.27).¹⁷

Há, portanto, íntima vinculação entre a historicidade¹⁸ dos direitos e a possibilidade de abertura¹⁹ aos que não foram mencionados quando da elaboração (e das alterações formais)

¹⁵ “Aqui sim há que retornar, novamente, ao princípio diretivo já enunciado alhures: direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que – constem, ou não, do texto constitucional – por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental. Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p.93).

¹⁶ 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).

¹⁷ “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).

¹⁸ Os direitos fundamentais são “históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o decorrer dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas” (SILVA, 2008, p.181). No mesmo sentido: “O rechaço à transcendência (fundamentação absolutista e exclusivamente metafísica dos direitos fundamentais) e o reconhecimento dos direitos fundamentais com base na experiência social apontam-lhes a historicidade. Esse dado conjuntural não elide, porém, a hipótese de reconhecimento de direitos comuns na história das diversas sociedades, nem a concepção de uma teoria evolucionista, em que direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e direitos novos vão sendo firmados, formando-se um repertório de direitos fundamentais que constitui patrimônio comum da humanidade” (ROTHENBURG, 2011, p.1.037).

¹⁹ “A evolução histórica, que desenhamos em traço grosso, patenteia um sistema de direitos fundamentais em permanente transformação, na busca de um ‘estatuto de humanidade’. Se quiséssemos caracterizar sinteticamente estas transformações através de algumas palavras-chave ou ideias-força, diríamos que na evolução deste subsistema jurídico se salientam as ideias de acumulação, variedade e de abertura. A ideia de **acumulação** vale na medida em que em cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm somar aos direitos antigos. Como vimos, os direitos típicos de cada geração subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos. A ideia de **variedade**, que é potenciada pelo processo de acumulação, afirma-se não só porque os direitos fundamentais não são estruturalmente uniformes, mas também por causa da sua complexidade funcional, desdobrada em diversas dimensões normativas. A ideia de **abertura** resulta, de por um lado, nenhum catálogo constitucional pretender esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, aceitando-se a existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas, e, por outro lado, de se esperarem gerações sucessivas de novos direitos ou de novas dimensões de direitos antigos, conforme as ameaças e as necessidades de proteção dos bens pessoais nas circunstâncias de cada época” (ANDRADE, 2012, p.65-66. Grifado).

da constituição. 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, o acesso à internet (HARTMANN, 2010) e a possibilidade de esquecimento (MARTINEZ, 2014), como direitos fundamentais autônomos. Todos resultam de novas demandas, as quais em algum momento foram (ou serão) considerados constitucionalmente (fundamentalmente) relevantes.

Em segundo lugar, o critério da substancia. Este requer o estabelecimento de um conteúdo material, a partir do qual podem ser extraídos elementos para justificar a fundamentalização 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, 2015, p.94). Estes elementos estão no Título I da Constituição, especialmente (mas não exclusivamente) 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), 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, 2015, p.94-95)

Com base em Andrade (2012), 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” (SARLET, 2015, p.113).²⁰

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

²⁰ “Como quer que seja, não podem ser considerados direitos fundamentais todos os direitos individuais ou institucionais, negativos ou positivos, materiais ou procedimentais, provenientes de fontes internas ou internacionais. Apenas alguns desses direitos o podem ser: apenas aqueles que, pela sua finalidade ou pela sua fundamentalidade, pela conjugação com direitos fundamentais formais, pela natureza análoga à destes (cfr. ainda o art. 17 [da Constituição Portuguesa]), ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material” (MIRANDA, 2000, p.168).

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.

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

3.1 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, 2015, p.79)²¹ e está previsto no direito constitucional brasileiro desde 1891 (PARDO, 2005, p.111).²²

Por possibilitarem abertura e atualização do catálogo de direitos, dispositivos equivalentes passaram a ser previstos em outras constituições (SARLET, 2015, p.80),²³ 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.

²¹ "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 substancia, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo que não constando de seu catálogo" (SARLET, 2015, p.79-80).

²² "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 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 exclui 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).

²³ "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, 2015, p.80).

Note-se que a Constituição portuguesa diz mais do que a brasileira. Na sua literalidade, reconhece a possibilidade de 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)²⁴ como parâmetro para o reconhecimento de novos direitos relacionados, direta ou indiretamente, à liberdade (SCHWABE, 2005, p.174-175).²⁵ Ressalte-se que em uma rápida análise das decisões daquele tribunal permite observar certa 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 *Cannabis 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 do dispositivo (*Amendment IX*)²⁶ previsto no direito constitucional dos Estados Unidos.

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”

²⁴ “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.”

²⁵ 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 omissor, 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) pessoais (*Informationelles Selbstbestimmungsrecht*) na decisão *Volkszählung* (*BVerfGE* 65, 1 ...).” (SCHWABE, 2005, p.174-175. Grifado). No mesmo sentido, Schlink e Pieroth, segundo os quais “o art. 2º, nº1, 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)

²⁶ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

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 “conservadores” da política 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.²⁷

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

3.2 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 da subordinação ao Império Britânico, surgiram, pode se dizer, treze países independentes, cada um dotado de soberania, com sua própria constituição e unidos por tratado internacional.²⁸

A partir de então, iniciou-se um processo de unificação, de criação de um Estado Federal, no qual os trezes países abdicariam de sua soberania em prol de um governo central, o qual cuidaria de forma mais efetiva dos assuntos de interesse comum, como comércio exterior e defesa externa. Surgiam os Estados Unidos da América, um Estado

²⁷ “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).

²⁸ “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 juizes 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),

único, soberano e de natureza federativa, através da ratificação da Constituição de 1787 (que substituiu os laços internacionais que uniam as ex-colônias até então).²⁹

Muito embora os direitos fundamentais façam parte da essência de qualquer constituição, o documento original, com exceção de poucos dispositivos (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p.415), não os previa (FARBER, 2007, p.30).³⁰ Esses direitos somente foram incorporados em 1791, por meio das dez primeiras emendas, as quais juntamente com as emendas da reconstrução do país após a Guerra Civil, ficaram conhecidas como o *American Bill of Rights* (AMAR, 1998, p.284).³¹

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”³² e estavam previstos em várias constituições estaduais), inútil³³ 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.³⁴ Para contornar a dificuldade, os

²⁹ Para 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” (ACKERMAN, 2006, p.L).

³⁰ 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).

³¹ “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).

³² “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)

³³ “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 consequências legais adicionais importantes à limitação do poder” (PARDO, 2005, p.81).

³⁴ “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

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. Entretanto, coerente com sua preocupação de proteger os direitos não enumerados, inseriu o texto que resultou na IX Emenda (BARNETT, 1991, p.422).³⁵

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.³⁶

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. Para o objeto deste trabalho, as Seções 1 e 5 da emenda são os dispositivos mais relevantes. A 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. Por sua vez, a Seção 5 estabelece que o Congresso (federal) tem o poder de fazer cumprir, através da legislação apropriada, as determinações da emenda.³⁷

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).

³⁵ 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).

³⁶ "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; ROTUNDA, 2010, p.416)

³⁷ O texto integral da XIV Amendment:

SECTION 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

SECTION 2. Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the executive and judicial officers of a state, or the members of the legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such state, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such state.

SECTION 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any state, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any state legislature, or as an executive or judicial officer of any state, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by

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, por meio de legislação apropriada. No que diz respeito aos direitos não enumerados, a preservação é garantida por ambas as emendas, de acordo a entidade violadora: para a União, a IX Emenda; para os Estados, a XIV Emenda. Note-se:

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 (FARBER, 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 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,³⁸ a qual estabelece a competência remanescente dos estados para as matérias que não foram delegadas à União nem proibidas de modo expreso aos estados. Neste contexto:

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

a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

SECTION 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any state shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

SECTION 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

³⁸ "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".

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. (LASH, 2004, p.394. Grifado).

Esta corrente lê “direitos conservados pelo povo” como “direitos conservados pelos estados”. Assim, a IX Emenda deveria 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 outro grupo, para a qual, a preocupação da emenda é proteger direitos fundamentais. Farber (2007) 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 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 dos Estados Unidos (em 1787) e das dez primeiras emendas (em 1791). Em verdade, dados históricos (FARBER, 2007)³⁹ 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.

3.3 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 no âmbito do casamento (TRIBE, 2008, p.145). Seria um caso de verdadeira “amnésia constitucional”, segundo Farber:

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

³⁹ Especialmente 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.

Ninth Amendment went into hibernation almost as soon as it was created. Unlike the other amendments, its 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). Não à toa, a doutrina e jurisprudência acerca do *due process of law* expandiu-se muito naquele país. Nesse sentido, para resolver questões de direito material (e para reconhecer novos direitos) 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 a fundamentação dessas expectativas ficaria mais reforçada com a utilização da IX Emenda ou da XIV Emenda (a qual prevê a proteção de prerrogativas e imunidades – “*P or I Clause*”) do que com o devido processo legal substantivo. Pelo menos deixaria a Suprema Corte menos vulnerável a críticas.⁴⁰

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 dos Estados Unidos, 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. Dessa forma, como o julgador não poderia adivinhar seu conteúdo original, não lhe seria permitido atribuir qualquer sentido. Observe-se:

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

⁴⁰ “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).

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.⁴¹ Dentre estas reações, fez renascer (ou mesmo nascer) os estudos mais aprofundados acerca da matéria.

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

Em um capítulo intitulado *“a user’s guide to Ninth amendment”*, Farber (2007, p.101) propõe alguns fatores e critérios para a identificação e reconhecimento de direitos não enumerados no âmbito dos Estados Unidos: 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).

Para justificar os critérios:

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

⁴¹ 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 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, apoia” (DWORKIN, 2006, p.460).

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 o reconhecimento da fundamentalidade 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.⁴²

Interessante notar que tais critérios apontam para uma maior abertura ao diálogo transnacional no âmbito dos direitos fundamentais, algo que no Século XXI ainda encontra resistência em setores influentes do Direito Constitucional dos Estados Unidos.⁴³

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO ENUMERADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

4.1. Classificação dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988

Silva (2008, p.184) apresenta uma classificação, com base no direito positivo brasileiro: 1) direitos fundamentais expressos; 2) direitos fundamentais decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição e 3) direitos fundamentais decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil. Em sua exposição, o

⁴² A saber: "reproductive rights", "the end of life", "gay rights", "education" "the right to government protection" e "the right to travel".

⁴³ "Recent Supreme Court opinions mentioning constitutional decisions by courts outside the United States have generated a strong – and grossly overstated – critique by conservative commentators. The thrust of the critique is that these opinions portend inroads on the sovereign ability of the American people to govern ourselves, and the embedding in the U.S. Constitution – through judicial interpretation – of the values of a cosmopolitan elite that could not persuade the American people to adopt those values through purely domestic processes. Only a brief comment on these 'arguments' is appropriate here. **First**, Supreme Court mention of decisions by courts outside the United States is no recent development, but at most a revival of an earlier tradition that had been submerged for perhaps a decade or two. **Second**, mention is the right word. Only one recent opinion relies on the substance of a decision by a non-U.S. court to support a proposition that played some role in the Court's reasoning. Others references to such decisions have been in the form of factual observations about what others courts have done. **Third**, the idea that references to non-U.S. decisions might somehow produce decisions that would not be reached by using other materials for interpreting the Constitution is quite implausible. It seems to require that some justice who would not otherwise be persuaded by those other materials would nonetheless change his or her mind when confronted with the non-U.S. materials. That might happen, someday, for one justice perhaps, but surely not on a large enough scale for anyone to care about. **Fourth**, the concern about sovereignty seems equally misplaced. The U.S. Supreme Court is, after all, a domestic lawmaker no less than is, for example, the U.S. Senate, which ratifies treaties limiting what the U.S. government as a whole can do. That is, a domestic institution would impose any restrictions on U.S. lawmaking by references to non-U.S. court decisions. There is no impairment of sovereignty in that. And, **finally**, the concerns about self-government expressed by critics of these Supreme Court decisions are valid ones – when made about judicial review itself. There is nothing, though, that distinguishes non-U.S. decisions from anything else the Court might rely on to limit self-government through judicial review" (TUSHNET, 2008, p.3. Grifado).

autor restringe os “direitos expressos” aos do art. 5º.⁴⁴ 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.

Sarlet (2015) parte da proposta acima e a aperfeiçoa. Assim, separa os direitos fundamentais em dois grandes grupos: 1) direitos fundamentais escritos e 2) direitos fundamentais não escritos. O primeiro se divide 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, 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, 2015, p.88. Grifado).

⁴⁴ “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).

Neste contexto,

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),⁴⁵ será feito breve levantamento de alguns direitos implícitos ou decorrentes em debate no Brasil. Por questão de espaço, muitos potencialmente fundamentais deixarão de ser abordados. A lista não é pequena, da qual podem ser citados: o direito geral de personalidade, direito de resistência, direito à identidade genética, direito à identidade pessoal, direito ao sigilo bancário (e fiscal) e direito de ressocialização do preso (SARLET, 2015, p.90-91).⁴⁶ Além destes, há outros, com fundamento em dispositivos localizados fora do catálogo: direito de igual acesso aos cargos públicos; direito de associação sindical e greve dos servidores públicos; direito à estabilidade no cargo por parte de servidores públicos; direito de iniciativa popular legislativa; direito a uma decisão judicial fundamentada e submetida ao dever de publicidade, dentre outros (SARLET, 2015, p.118).⁴⁷

⁴⁵ 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).

⁴⁶ “No campo dos direitos implícitos e/ou decorrentes do regime e dos princípios, vale mencionar alguns exemplos que têm sido citados na doutrina, mas que também já encontraram aceitação na esfera jurisprudencial, ainda que se esteja longe de alcançar um consenso, especialmente (mas não exclusivamente, importa destacar) no concernente ao conteúdo e alcance destes direitos. Assim, verifica-se que na doutrina mais recente voltou a ser referido o **direito de resistência** ou o **direito à desobediência civil**, que, embora também possam ser tratados como equivalentes (desde que haja concordância em termos conceituais) têm sido apresentados com traços distintos pela doutrina nacional. Também o **direito à identidade genética da pessoa humana**, o **direito à identidade pessoal**, as garantias do **sigilo bancário e fiscal** (em geral deduzidas, por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência nacional, do direito à privacidade), um **direito à boa administração pública**, bem como, na acepção do Supremo Tribunal Federal, de um **direito à ressocialização por parte do preso** condenado em sede criminal, entre outros, revelam não apenas o quanto já tem sido feito nessa esfera, mas também as possibilidades de desenvolvimento da abertura material do catálogo também no que diz com os direitos não expressamente positivados” (SARLET, 2015, p.91-92. Grifado).

⁴⁷ “Além disso, os preceitos referidos revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade humana, da

4.2 Alguns direitos fundamentais não expressos (fora do catálogo) reconhecidos pelo STF

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. Esta foi uma das conclusões contidas no julgamento proferido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7 DF, proferida em dezembro de 1993.

Na ocasião, a Corte se deparou, dentre outros pontos, com a alegação de que o art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, seria inconstitucional. Este dispositivo afastava a incidência da regra da anterioridade tributária e permitia a cobrança imediata do então novo imposto.⁴⁸

A tese foi acolhida e, pela primeira vez na vigência da Constituição de 1988, o STF havia reconhecido um direito fundamental fora do catálogo, com fundamento no seu art. 5º, § 2º (VIEIRA, 1999, p.165).⁴⁹ Assim, embora o tributo tivesse sido considerado válido como um todo, sua cobrança teve de ser adiada para o exercício financeiro seguinte.

Atualmente, este é o exemplo obrigatório feito em qualquer exposição acerca da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no Brasil. No entanto, deve ser ressaltado que a decisão (em 1993) não foi unânime e que a tese vencedora foi questionada no momento do julgamento. Nesse sentido, é interessante lembrar que o parecer proferido pela Procuradoria Geral da República foi contrário ao reconhecimento da fundamentalidade ao direito à anterioridade tributária e este entendimento foi acolhido por pelo menos um ministro presente à deliberação.⁵⁰ No

liberdade e da igualdade, constituindo, portanto, direitos materialmente fundamentais ou, no mínimo, passíveis de se enquadrarem nesta categoria" (SARLET, 2015, p.118).

⁴⁸ Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993:

Art. 2.º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, **imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira**.

§ 1.º A alíquota do imposto de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.

§ 3.º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada.

§ 4.º Do produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo serão destinados vinte por cento para custeio de programas de habitação popular. (Grifado).

⁴⁹ Julgamento proferido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº939-DF, em 15.12.1993.

⁵⁰ "O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhor Presidente, tendo que me retirar da sessão, para uma viagem de urgência, peço vênua para antecipar meu voto. Serei breve. 2. No que diz respeito à ressalva da aplicação do art. 150, III, b, que consagra a regra da anterioridade, na incidência do IPMF, peço vênua ao eminente Relator para julgar improcedente a ação. 3. Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir a uma carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos ou garantias nela inseridos. E não consigo, por mais que me esforce, ver, na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio Texto de 1988, a grandeza de cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo

entanto, esta matéria está pacificada e este precedente possibilitou o reconhecimento de outros direitos fundamentais não expressos.

Outro direito fundamental fora do catálogo expressamente confirmado pelo STF e que deve ser mencionado trata da proteção ao meio ambiente. Note-se:

Na caracterização da sua jusfundamentalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no sentido de reconhecer o direito ao meio ambiente como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, constante da Lei Fundamental de 1988, não obstante estar situado fora do Título II de seu Texto. É, portanto, a partir de uma leitura ‘material’ do seu conteúdo e das relações que mantém com os demais valores constitucionais fundamentais que o direito ao ambiente alcança o *status* de direito fundamental. A configuração de sua fundamentalidade resulta da sua identificação com os valores que compõem o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito brasileiro. Nesse aspecto, a doutrina destaca a dupla perspectiva da ‘fundamentalidade’ dos direitos fundamentais: formal e material. Um direito fundamental pode ser concebido como tal em razão de estar consagrado de forma expressa no coração constitucional, bem como através de um critério material que visa justamente a analisar o conteúdo do direito e a sua importância na composição dos valores constitucionais fundamentais, o que se dá também através da sua vinculação em maior ou menor medida com a dignidade da pessoa humana. [...] Já em nota conclusiva, em vista de tudo o que foi discutido até aqui, pode-se afirmar que o direito ao ambiente, portanto, carrega na sua essência a fundamentalidade material necessária para inseri-lo no destacado rol dos direitos fundamentais, tanto que é de nós desconhecida qualquer oposição doutrinária à posição referida, já tendo sido inclusive consolidado tal entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, embora não elencado de forma expressa no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, o direito ao ambiente passa a integrar necessariamente tal campo constitucional, em virtude de estar inserido, indiscutivelmente, ante sua importância de índole existencial para o ser humano, no núcleo protetivo do direito à vida humana digna e saudável. (FERSTENSEIFER, 2008, p.166-169)

A discussão girava em torno da fundamentalidade do art. 225 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e

a impedir ao órgão de reforma constitucional a instituição de um imposto provisório que a ela não se submeta. 4. Com as devidas vênias – não estive presente ao julgamento da medida cautelar – da maioria que se formou pela concessão da liminar, diria que a grandeza atribuída à regra da anterioridade, no contexto da Constituição vigente, é fruto mais que de uma interpretação retrospectiva a que há dias aludia, citando Luiz Roberto Barroso e Barbosa Moreira (v. MS 21.689), de uma interpretação nostálgica: o que se quer, à força, é ver na anterioridade o velho princípio da anualidade, da exigência de prévia autorização orçamental anual para cobrança de cada imposto, que, esse si – não é preciso repetir a História a partir de João Sem Terra –, teve uma carga história e política de grande relevo. Mas a verdade é que a dinâmica da administração financeira do contemporâneo Estado intervencionista superou, mal ou bem, no constitucionalismo brasileiro.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 08.02.2015.

preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” No entanto, trata-se de direito fundamental que transcende o interesse meramente individual, de modo que não houve maior controvérsia quando o STF ratificou sua fundamentalidade material este entendimento,⁵¹ não obstante seu dispositivo (art. 225) não estar inserido no Título II da Constituição de 1988.

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

4.3 Direitos (possivelmente) fundamentais ainda não reconhecidos pelo STF

O rol de direitos pretensamente fundamentais é extenso e o grau de subjetividade no seu reconhecimento, *idem*. Alguns serão abordados a seguir. Embora não haja o necessário aprofundamento, o que demandaria no mínimo um trabalho acadêmico para cada um dos direitos mencionados, o conjunto abaixo apresenta dois pontos em comum: 1) a existência de intensa produção doutrinária sobre eles, tanto no Brasil quanto no exterior e 2) o fato de o STF ainda não ter se pronunciado sobre sua fundamentalidade.

Primeiramente, o direito (potencialmente fundamental) ao esquecimento. A matéria, já conhecida na Europa e nos Estados Unidos (embora com abordagens bem distintas⁵²),

⁵¹ Ilustrativo é o seguinte trecho da ementa do acórdão referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Cautelar) nº3.540-1 (DF): Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. [...] A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...]” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 08.02.2015.

⁵² “In theory, the right to be forgotten addresses an **urgent problem in the digital age**: it is very hard to escape your past on the Internet now that every photo, status update, and tweet lives forever in the cloud. But Europeans and Americans have diametrically opposed approaches to the problem. **In Europe**, the intellectual roots of the right to be forgotten can be found in French law, which recognizes *le droit à l’oubli*—or the “right of oblivion”—a right that allows a convicted criminal who has served his time and been rehabilitated to object to the publication of the facts

é consequência dos avanços das tecnologias de armazenamento, compartilhamento e transmissão de dados e informações. 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)

Ademais, além da ampla possibilidade de acesso a informações do passado, os motores de busca na internet permitem até mesmo a formação de perfis pessoais que não seriam mais condizentes com a situação atual das pessoas retratadas. Sendo assim, surge a demanda de proteção contra tais situações.⁵³

Em julgados recentes,⁵⁴ o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a demanda por esquecimento deve ser protegida. A Corte apreciou casos envolvendo programas de televisão de emissora de alcance nacional 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.

of his conviction and incarceration. In *America*, by contrast, publication of someone's criminal history is protected by the First Amendment, leading Wikipedia to resist the efforts by two Germans convicted of murdering a famous actor to remove their criminal history from the actor's Wikipedia page” (ROSEN, 2012, p.88. Grifado).

⁵³ “Além da possibilidade de alcance de informações pessoais, os motores de busca viabilizam o estabelecimento de uma representação digital que, em razão de seu amplo acesso, prepondera em relação à identidade real de um indivíduo. Stefano Rodotà assim responde à questão da identidade: ‘Quem sou? Até ontem, mesmo que entre muitas cautelas, podia-se dizer ‘eu sou aquele que digo ser’. Mas já entramos em um tempo em que quase sempre mais se deverá admitir: ‘eu sou aquilo que o Google diz que eu sou’. Pode-se dizer então que, atualmente, é viável observar um descolamento entre a identidade real e a sua representação digital, permitindo um falso entendimento sobre os fatos efetivamente ocorridos, inviabilizando-se o desprendimento de eventos pretéritos que já não têm atualidade” (MARTINEZ, 2014, p.57).

⁵⁴ Com destaque para o REsp nº 1.334.097-RJ. Julgado em 28.05.2013.

O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a 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.⁵⁵ Igualmente, 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).⁵⁶

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”.⁵⁷ De qualquer forma, os julgadores partiram da constatação de que a solução do caso exige abordagem transversal, interdisciplinar, pois abrange controvérsia apenas obliquamente constitucional, as quais em princípio não seriam apreciadas pelo STF.

⁵⁵ Item nº 8 da Ementa.

⁵⁶ Item nº 13 da Ementa.

⁵⁷ Item nº 14 da Emenda.

Embora no Brasil a proteção ao direito ao esquecimento tenha sido objeto 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 contemporaneidade da veiculação da notícia) foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, com base no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no julgamento do que ficou conhecido como “caso *Lebach*”, ainda na década de 1970.⁵⁸

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu, em 2014, o direito ao esquecimento. O caso envolvia um espanhol que se sentiu atingido em sua dignidade pelo fato de que seu nome, quando objeto de busca na rede mundial de computadores, aparecia vinculado a débitos e a processos judiciais ocorridos no passado. Apresentou ação judicial contra o jornal espanhol que mantinha as notícias em seu banco de dados e o mecanismo de busca *Google*, o qual as extraía, reunia e permitia o acesso por terceiros.⁵⁹ O cidadão foi vitorioso na Corte Europeia.⁶⁰

Ressalte-se que o reconhecimento de tal direito gera controvérsias, principalmente no que tange ao conflito com a liberdade de expressão e o direito à informação.⁶¹

Voltando ao Brasil, no entanto, o STJ decidiu a matéria 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, a princípio e na visão do STJ, dificilmente seria apreciada sob a ótica da Constituição de 1988.⁶² De qualquer forma, o STF ainda não debateu a fundamentalidade do direito ao esquecimento.

⁵⁸ 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).

⁵⁹ “The dispute began when Mr Costeja Gonza 'lez lodged a complaint with the Spanish Data Protection Agency against a daily newspaper, La Vanguardia, as well as against Google Inc and its Spanish subsidiary, Google Spain, for failure to protect his privacy. The basis for Mr Costeja Gonza 'lez's complaint was that, whenever a Google search of his name was carried out, the top results listed linked the Internet user to two property auction notices for the recovery of social security debts that Mr Costeja Gonza 'lez had owed 16 years earlier, which still appeared on La Vanguardia's website. The applicant sought to obtain an order to the effect that the newspaper should alter, delete, or protect this information, and that Google should either delete or conceal the links to those pages” (FRANTZIOU, 2014, p.762).

⁶⁰ “A decisão merece ser enaltecida, tendo em vista que a atividade exercida pelo motor de busca tem poder decisivo na difusão nacional e internacional do fato disponibilizado na internet, pois por meio de uma simples pesquisa sobre uma pessoa é possível que se encontre informações pessoais sem qualquer conteúdo de atualidade ou relevância à coletividade, mas que podem causar prejuízos substanciais ao indivíduo no seio da região em que reside ou trabalha” (MARTINEZ, 2014, p.122).

⁶¹ “At the end of January [2012], the European Commissioner for Justice, Fundamental Rights, and Citizenship, Viviane Reding, announced the European Commission's proposal to create a sweeping new privacy right—the **'right to be forgotten'**. The right, which has been hotly debated in Europe for the past few years, has finally been codified as part of a broad new proposed data protection regulation. Although Reding depicted the new right as a modest expansion of existing data privacy rights, **in fact it represents the biggest threat to free speech on the Internet in the coming decade. The right to be forgotten could make Facebook and Google, for example, liable for up to two percent of their global income if they fail to remove photos that people post about themselves and later regret, even if the photos have been widely distributed already.** Unless the right is defined more precisely when it is promulgated over the next year or so, it could precipitate a **dramatic clash between European and American conceptions** of the proper balance between privacy and free speech, leading to a far less open Internet” (ROSEN, 2012, p.88. Grifado).

⁶² Item nº 1 da Ementa.

Em segundo lugar, se há um direito de ser esquecido, existe, paradoxalmente, um direito à memória (e “à verdade”)? A resposta tende a ser afirmativa, levando-se em conta que tal direito se insere no macro contexto 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).⁶³

Na realidade, a controvérsia gira em torno do acesso a fontes e documentos relativos ao período de regimes ditatoriais (acesso à “verdade”⁶⁴ para preservação da memória⁶⁵) e a possibilidade de punição de agentes estatais que pelo cometimento de crimes (contra a humanidade inclusive) e outras violações de Direitos Humanos, no que se convencionou chamar de “Justiça de Transição”.

Aqueles que defendem a fundamentalidade do direito à memória e à verdade apresentam o dever de transparência, como inerente à atividade estatal, e a constatação de 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.” Além disso, “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).

Sem debater o mérito do assunto (a necessidade, a oportunidade e a utilidade), o fato é que foram (e continuam sendo) criadas, nos países oriundos de regimes políticos democraticamente ilegítimos, “comissões da verdade”.⁶⁶ No entanto, o STF ainda não se manifestou especificamente sobre o direito fundamental autônomo à memória.

Em terceiro lugar, haveria um direito fundamental à inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos? A regra prevista no art. 228 da Constituição de 1988 seria uma “cláusula pétrea”?⁶⁷

A matéria é controvertida, pois apresenta argumentos 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

⁶³ 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).

⁶⁴ “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).

⁶⁵ “O direito à memória com verdade, se desrespeitado, afeta a todos os cidadãos; influi no cotidiano de suas vidas. A preservação da memória, como registro de fato ou acontecimento histórico e psicológico, individual ou coletivo, exerce função primordial na evolução das relações humanas: trata-se de um ato político que constitui a base sobre a qual a sociedade pode afirmar, redefinir e transformar os seus valores e as suas ações. Ao contrário do esquecimento, que, para os gregos, constitui a mais dolorosa das experiências, a memória individual e a memória coletiva são os eixos primordiais e os meios de se aplicarem, na prática, os fundamentos dos direitos humanos” (BARBOSA; VANUCHI, 2009, p.57-58).

⁶⁶ Neste sentido, algumas obras (coletivas, inclusive) são ilustrativas: Dimoulis, Martins e Swensson Junior (2010); Mazzuoli e Gomes (2011); Leal (2012); Sabadell, Simon, Dimoulis (2014); Torelly (2012).

⁶⁷ “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

da proteção. No entanto, não o fez. Assim, sua opção dá entender que, no momento da elaboração da constituição, 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 esta defesa utilizaria um argumento originalista, o qual por si só não se sustenta. Terceiro, 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, a tutela da infância e da juventude (ora, 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 existe previsão em normas internacionais.⁶⁸

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. Inclusive, o Congresso Nacional chegou a aprovar lei a permitir que jovens com dezesseis anos pudessem dirigir, a qual foi vetada pela chefia do Poder Executivo (NUCCI, 2007, p.266). Não haveria, pois, como separar por completo a responsabilidade penal dos deveres cívicos, negociais e familiares. A violação de cada um desses deveres acarreta danos individuais e coletivos. Dessa forma, uma interpretação sistemática poderia perfeitamente levar à conclusão de que o art. 228 não constitui direito fundamental e poderia mesmo ser abolido.

Na verdade, mesmo sendo considerado um direito fundamental, seria possível em tese reduzir a idade da responsabilidade penal. Para tanto, seria preciso utilizar a doutrina relativa às restrições aos direitos fundamentais. Assim, uma eventual emenda à Constituição poderia restringir a proteção ao jovem, reduzindo a idade da responsabilidade penal, sem contudo violar o núcleo essencial do direito fundamenta, que seria a proteção do jovem que não possui o discernimento completo.

Em suma, no que tange à redução da maioridade penal, conforme apontado, existem argumentos jurídicos consistentes em ambos os sentidos. Assim, 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.

Em quarto lugar, existiria um direito fundamental de acesso à internet? A resposta é positiva para Hartmann (2010, p.158-293). Segundo o autor, 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

⁶⁸ 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.

negativa (2010, p.162) e uma positiva (2010, 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. No entanto, os defensores da fundamentalidade do direito em questão precisam explicar melhor se o acesso à internet seria um direito autônomo ou um meio ou instrumento para o exercício de outros direitos fundamentais.

Em quinto lugar, haveria um direito fundamental à “boa administração pública” (FREITAS, 2014)? Qual seria o seu conteúdo e âmbito de proteção?

Partindo do pressuposto de que a concretização do Estado Social e Democrático de Direito constitui a meta 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, de maneira proporcional.

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, nos seguintes termos:

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode assim ser compreendido: trata-se do direito fundamental à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade 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 e correspondentes prioridades. (FREITAS, 2014, p.21)

Dessa forma, não há outra resposta senão afirmativa: embora fora do catálogo, existe sim um direito fundamental (individual e metaindividual) à boa administração pública.⁶⁹

⁶⁹ “Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração pública é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados nua síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, dentre outros, os seguintes direitos: (a) o direito à administração pública transparente [...]; (b) o direito à administração pública sustentável [...]; (c) o direito à administração pública dialógica [...]; (d) o direito à administração pública imparcial e desviesada [...]; (e) o direito à administração pública proba [...]; (f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada [...]; (g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz [...]. Tais direitos não excluem outros, pois se cuida de ‘standard mínimo’. Por certo, precisam ser tutelados em bloco, no intuito de que a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental à boa administração. Em outras palavras, as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (FREITAS, 2014, p.21-23).

4.4 Direito (aparentemente) fundamental, mas expressamente negado pelo STF

Por fim, existe um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição? Existe um direito fundamental a interpor recurso a uma instância superior?

A Constituição de 1988 não possui dispositivo neste sentido.⁷⁰ Ou seja, não há previsão expressa. Em linhas gerais, a questão pode ser assim exposta:

Na família processual romano-canônica, a regra do duplo grau de jurisdição gozou em geral de grande prestígio, tendo em conta a tradicional submissão da sentença de primeiro grau à revisão, in totum, pelos tribunais ordinários. Nesse particular, aliás, residia uma das históricas diferenças estruturais mais significativas entre a organização do processo civil e de common law. Dentro do constitucionalismo brasileiro, apenas a Constituição Imperial de 1824 previa expressamente o duplo grau de jurisdição (art. 158). As demais Constituições silenciaram a respeito, cingindo-se a prever competências recursais ordinárias. A Constituição de 1988 segue o mesmo caminho. Na dimensão supranacional, contudo, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) consagra o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal (art. 8º, nº 2, h). (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2014, p.769)

Nesse contexto, o STF tem jurisprudência histórica no sentido de que o direito ao recurso não é um direito ou garantia fundamental (SARLET, 1996, p.26), sendo aplicável nos casos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional.⁷¹ Assim, ao longo dos anos leis ordinárias passaram a criar diversas hipóteses de restrição à instância superior, geralmente em causas de menor valor econômico.

No que tange ao processo penal, há uma peculiaridade, a qual inexistente para os outros processos judiciais. Para os acusados de delito, a Convenção Interamericana

⁷⁰ "O art. 158 da Constituição do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que a causa fosse apreciada, sempre que a parte o quisesse, pelo então Tribunal da Relação (depois de Apelação e hoje de Justiça). ali estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. As Constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. A diferença é sutil, reconheçamos, mas de grande importância prática. Com isso queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (LEF 34) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (L 6825/80 4º), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (CPC 504)" (NERY JUNIOR, 2009, p.280).

⁷¹ "No modelo constitucional brasileiro o direito ao duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias. Não se reconhece o direito ao uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada). Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 102, II; 104, II; 108, II)" (BRANCO; MENDES, 2013, p.288).

de Direitos Humanos prevê o direito (humano) de recorrer a uma instância superior.⁷² Assim, desde o momento em que a República Federativa do Brasil ratificou esta Convenção, tal garantia passou a vigorar no direito brasileiro. No entanto, seu advento não provocou alterações substanciais na jurisprudência sobre a matéria.

Em verdade, a controvérsia mais visível quanto a aplicação de tal preceito diz respeito aos processos penais de competência originária do STF. Para esta situação, há duas soluções: a primeira, no sentido de que tal exigência não se aplicaria ao STF por ser a mais alta corte judicial brasileira;⁷³ a segunda a de que a República Federativa do Brasil deveria adequar seu direito interno às regras da Convenção, sob pena de responsabilização nas cortes internacionais.⁷⁴

⁷² Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. **Toda pessoa acusada de um delito** tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes **garantias mínimas**: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e **h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior**. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (Grifado).

⁷³ "É óbvio que o direito ao duplo grau não se aplica em caso de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, está suficientemente resguardado o direito ao processo justo do réu pelo simples fato de ser julgado pela mais alta corte do País" (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2014, p.770).

⁷⁴ "O tema relativo ao duplo grau de jurisdição já foi debatido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, em 17.11.2009. Neste caso específico, o Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva, ex-Diretor geral setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da Venezuela, respondeu a uma ação judicial juntamente com o ex-Presidente Carlos Andrés Pérez e outras autoridades detentoras do foro privilegiado; Barreto Leiva, contudo, não detinha a prerrogativa do foro, porém, mesmo assim, em razão da regra da conexão, foi julgado pela instância máxima do Judiciário venezuelano, tendo sido condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público praticados durante a sua gestão, em 1989. Após condenado, Barreto Leiva recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em 2008, admitiu a queixa e fez recomendações à Venezuela. Ausente qualquer resposta do Estado, a Comissão submeteu, então, a causa à jurisdição da Corte Interamericana, que entendeu, ao final, que a Venezuela violara o direito (consagrado na Convenção Americana) relativo ao duplo grau de jurisdição, ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um Tribunal superior, eis que a condenação sofrida por este último proveio de um Tribunal que conheceu do caso em única instância. Em outras palavras, a Corte Interamericana entendeu o sentenciado não dispôs, em consequência da conexão, da possibilidade de impugnar a sentença condenatória, o que estaria a violar a garantia do duplo grau prevista (sem ressalvas) na Convenção. [...] Considerando a similitude absoluta entre o Caso Barreto Leiva, julgado pela Corte Interamericana em 17.11.2009, e o que foi decidido na QO da APn 470/MG ("Mensalão"), não há dúvidas de que esta última poderá ser objeto de demanda perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (a iniciar-se na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, EUA)" (MAZZUOLI, 2013, p.457-458).

No entanto, mesmo após a ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica, STF mantém o entendimento que, mesmo nos processos penais, não há um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição (BRANCO; MENDES, 2013, p.388-390).⁷⁵

5 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, 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.

⁷⁵ “No julgamento do RHC nº79.785/RJ, o Supremo Tribunal Federal explicitou essa orientação em face de cláusula expressa contida no art. 8, 2, h, do Pacto de San José da Costa Rica. [...] Vê-se, pois, que o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição. Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais” (BRANCO; MENDES, 2013, p.388-390).

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

9 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 direito, 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.

REFERÊNCIAS

- 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*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- 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. p.249-272.
- BARBOSA, Marco Antonio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. 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. p.55-67.
- 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.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRITO, Miguel de Nogueira. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.55-113.
- 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*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANTZIOU, Eleni. *Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice’s Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos*. *Human Rights Law Review*. Volume 14 Issue 4 December 2014. p.761-777. Disponível em: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/4/761.full.pdf+html>. Acesso em: 04.02.2015.

FREIJEDO, Francisco J. Batisda. Concepto e modelos históricos de los derechos fundamentales. In: FREIJEDO, Francisco J. Batisda et al. *Teoria general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. Madri: Tecnos, 2004. p.17-44.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade 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*. 5.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 nov. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição. *Revista dos Tribunais*. Ano 102, vol. 933, jul/2013. p.455-468.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7.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_ao_enumerados_justificacao_e_aplicacao.pdf. Acesso em: 11 out. 2013.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2013.

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*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

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

ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. *Stanford Law Review Online*. vol. 64. February 13, 2012. p.88-92. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf>. Acesso em 04 fev. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia. *Doutrinas essenciais*: direitos humanos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1.033-1.048.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. 2.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.5-30.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.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 Geraldine Ferreira. Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de Derecho para Sudamérica): Montevideo, 2005.

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

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

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton (NJ): Princeton University Press, 2008. [iPad Kindle version]. Acesso em: www.amazon.com.

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.