

## Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

**Sumário:** Introdução - a) Os direitos implícitos e sua identificação - b) Direitos fundamentais materiais e formais - c) Os direitos fundamentais e os tratados - d) Direitos fundamentais como cláusula pétrea

### Introdução

1. Entre os muitos dispositivos da Constituição vigente que lançam desafios ao intérprete, o art. 5º, § 2º tem lugar de destaque.

Vale lembrar o seu texto:

“§ 2º 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.”

Várias são as questões que este preceito suscita, assim como importantes são as consequências que delas decorrem.

2. O primeiro problema que a norma citada coloca é o do critério de identificação dos direitos implícitos. Ou seja, põe-se a questão da *essência da fundamentalidade*, portanto, dos caracteres necessários para que um direito não enumerado na Constituição seja reconhecido como fundamental. Sim, porque somente será possível reconhecer um direito como fundamental, se previamente estiverem estabelecidos os critérios da fundamentalidade. Isto é, as notas materiais que o constituem. Caso contrário, esta fundamentalidade ficará ao arbítrio do intérprete.

3. As decorrências, ademais, da identificação da essência de tal fundamentalidade vão longe. Realmente, se existem direitos fundamentais por sua essência, mesmo quando implícitos, por que não aplicar o critério da fundamentalidade aos direitos explicitados? Ora, disto resultarão reflexos na interpretação de vários dispositivos constitucionais, como o art. 5º, § 3º e o art. 60, § 4º, IV.

4. Por outro lado, o art. 5º, § 2º da Lei Magna em vigor se distingue do texto equivalente das Constituições republicanas anteriores num ponto. Trata-se da menção aos tratados. Que acrescenta isto à determinação dos direitos implícitos? Qual o papel que os tratados podem desempenhar em relação aos direitos fundamentais? E, neste passo, forçoso será atentar para o § 3º que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao art. 5º.

5. Estes questionamentos são o tema deste brevíssimo estudo que não pretende senão realizar uma primeira análise de tais indagações. Visam a abrir caminho, pondo os problemas que implicam estas questões, difíceis e complexas, conquanto ineludíveis.

### a Os direitos implícitos e sua identificação

6. Como se sabe, a referência a direitos implícitos foi pela primeira vez enunciada na Emenda Constitucional nº 9, de 1791, à Constituição dos Estados Unidos da América. Nesta, lê-se:

“A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

7. A doutrina americana, de modo geral, evita a determinação de critério para a identificação

dos direitos implícitos. No livro clássico de Corwin, ***A Constituição norte-americana e seu significado atual***, não há senão uma vaga menção à “história da cláusula de *due process of law*”.<sup>1</sup>

8. A Suprema Corte, em várias oportunidades, levou em conta a referida Emenda. Assim, por exemplo, a propósito do direito à privacidade e, mais recentemente, acerca da projeção deste nas relações conjugais – no famoso caso *Griswold*. Neste, o *Justice* Goldberg discorreu sobre o assunto, mas apenas para salientar a existência de direitos não enunciados expressamente no ***Bill of Rights***.<sup>2</sup> E o tema voltou, com tratamento equivalente, no caso *Roe x Wade*.<sup>3</sup>

Entretanto, a Suprema Corte, apesar de haver reconhecido muitos direitos fundamentais não enumerados no *Bill of Rights*, tem preferido apresentá-los como desdobramento de direitos expressos, fundamentando-os, portanto, nestes.

Isto torna-se claro na manifestação do juiz Brennan acerca da abrangência da liberdade. Esta compreenderia: 1) a ausência de constrangimento corporal; 2) o poder de decidir sobre as questões básicas da vida; e 3) a autonomia quanto ao desenvolvimento e expressão do próprio intelecto e personalidade.<sup>4</sup> Disto resulta evidentemente que basta desdobrar a liberdade, para justificar, se não todos, a grande maioria dos direitos (implícitos) que se pretende consagrar.

Tomando esse caminho, a Suprema Corte tem fugido à crítica de que estaria afirmando direitos criados pela mera vontade do juiz (“*judge’s own discretion*”)<sup>5</sup>. Esta objeção provém da forte corrente “conservadora” que pretende dever ser a Constituição interpretada como a quiseram os seus elaboradores. Disto é expressão a conhecida afirmação de Robert Bork: “A verdade é que o juiz que olha para fora da Constituição histórica sempre olha dentro de si mesmo e para nenhum outro lugar”.<sup>6</sup>

Destarte, não se extrai da jurisprudência da Suprema Corte qualquer critério nítido para a identificação dos *nonenumerated rights*.

9. No direito brasileiro – talvez o primeiro a reproduzir a idéia - a previsão de direitos implícitos aparece na Constituição de 1891 (art. 78).<sup>7</sup> Tem sido repetida pelas Constituições posteriores, como a de 1988, que o faz no art. 5º, § 2º. O texto de 1891 encarou tais direitos como “resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Disto não se afasta, na sua primeira parte, o preceito vigente, que os encara como “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, (acrescentando, todavia, “ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”).

10. A doutrina brasileira não tem, em geral, procurado identificar os elementos que justificariam o reconhecimento de novos direitos. Vale lembrar que, do art. 78 da Lei Magna de 1891, Barbalho apenas extraiu a rejeição do princípio de interpretação “*inclusio unius exclusio alterius*”.<sup>8</sup>

Não parece, todavia, sem propósito assinalar a ligação que há de haver entre tais direitos e o princípio da dignidade humana (Constituição, art. 1º, III). Com efeito, absurdo seria considerar direito *humano* fundamental, um direito que, embora importante, não se ligue ao âma-

go da natureza humana. Isto circunscreve o campo dos direitos implícitos, o que já é um primeiro passo na busca de sua caracterização material.

11. Vale apontar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sugere uma concepção material dos direitos fundamentais.

Com efeito, a tese de que os direitos fundamentais podem ser reconhecidos por sua natureza intrínseca é corroborada indiretamente por esse Tribunal. É o que se depreende de seu entendimento de que os direitos fundamentais reconhecidos não estão todos contidos no Título II da Constituição, mas espalhados pela Lei Magna. Por exemplo, alguns são enunciados entre as limitações do poder de tributar (Seção II, do Título VI da Constituição).<sup>9</sup>

12. Acrescente-se que o direito português já previu, na Constituição de 1911, na senda do direito brasileiro segundo Canotilho<sup>10</sup>, direitos fundamentais implícitos. Ele os prevê, agora, na Constituição de 1976, no art. 16, 1º, vinculando-os, todavia, ao direito internacional da pessoa.

Analisando-o, a doutrina lusitana assinala presumir ele uma concepção material dos direitos fundamentais. É o que dizem, por um lado, Canotilho e Vital Moreira<sup>11</sup>, por outro Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>12</sup>. Entretanto, não descem esses ilustres mestres à caracterização da fundamentalidade. É certo que Jorge Miranda se aproxima disto ao afirmar que tais direitos são “*prima facie* ... direitos inerentes à própria noção de pessoa, ... direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa...”<sup>13</sup>

13. Na doutrina alemã, a questão da determinação dos caracteres necessários a um direito, para que seja reconhecido como fundamental, não escapou a Robert Alexy.

Este, num estudo intitulado “*Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático*”<sup>14</sup>, formula considerações que concernem à essência dos direitos fundamentais. Neste trabalho, ele aponta os caracteres de um direito, necessários para que seja positivado entre os direitos fundamentais.

O primeiro dentre eles é ser um *direito universal*. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais, na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”.<sup>15</sup>

O segundo é ser um *direito moral*. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que “valha moralmente”.<sup>16</sup>

Outro consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” – ser, na sua terminologia, um *direito preferencial*.<sup>17</sup> Lembra que este aspecto está previsto no art. 28 da Declaração Universal de 1948, quando ela afirma: “Toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito.”

Igualmente, o direito deve ser *fundamental*.<sup>18</sup> Quer dizer, preencha duas condições: 1) “deve tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito”<sup>19</sup>; e a segunda: “é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”<sup>20</sup>

Alude ainda Alexy a um quinto traço característico dos direitos do homem: ser o direito *abstrato*, sendo, por isto, suscetível de restrição.<sup>21</sup>

14. A preocupação com a identificação dos caracteres próprios a um direito fundamental está presente, contemporaneamente, no campo dos internacionalistas. Na verdade, alguns destes é que têm dado maior atenção ao tema. A razão disto é simples. Nas instâncias internacionais, já se reconheceram direitos como fundamentais que muito longe estão do perfil dos direitos de liberdade, ou dos direitos sociais. É o caso do direito à paz, do direito ao patrimônio comum da humanidade, do direito ao desenvolvimento, etc. E muitos outros têm sido propostos como o direito a modos de vida alternativos, o direito ao sono, etc.<sup>22</sup>

Neste contexto, num importante estudo, Philip Alston, depois de analisar a opinião de conhecidos estudiosos como Maurice Cranston e F. G. Jacobs sobre o assunto, manifesta a sua, a respeito dos requisitos de um direito fundamental<sup>23</sup>. Para ele, na perspectiva internacionalista, não podem ser reconhecidos como fundamentais, senão os direitos que: 1) refletem um importante valor social; 2) sejam relevantes para todos, embora em grau variável dados os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; 3) tenham base em normas da Carta da ONU, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; 4) sejam consistentes com o atual sistema de direito internacional, sem serem repetitivos; 5) sejam capazes de alcançar um muito alto nível de consenso; 6) não sejam incompatíveis com a prática comum dos Estados; e 7) sejam suficientemente precisos para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.<sup>24</sup>

## **b Direitos fundamentais materiais e formais**

15. Ora, aceita a idéia de que existe uma caracterização material do direito fundamental, várias e delicadas conseqüências daí decorrem.

A principal delas é a possibilidade de separar direitos *material e formalmente* fundamentais de outros que são apenas *formalmente* fundamentais. Isto é, dentre os direitos declarados os que são essencialmente fundamentais – os “verdadeiros” direitos – de outros que apenas têm sua fundamentalidade *ex vi* de uma decisão (eventualmente arbitrária) do legislador constituinte. Os primeiros – os direitos materialmente fundamentais – apresentariam as notas da fundamentalidade – os outros evidentemente, não, por importantes que sejam.

No primeiro caso, está, por exemplo, o direito à vida (art. 5º, *caput* da Constituição brasileira), indiscutível direito material fundamental, e o direito a certidões (inciso XXXIV, “b”) que, embora importante, não se liga à dignidade da pessoa humana. Este último seria um típico direito apenas formalmente fundamental.

Tal distinção tem, reflexo quanto à alterabilidade dos mesmos, segundo se verá mais longe.

### c Os direitos fundamentais e os tratados

16. Outra consequência da caracterização material do direito fundamental concerne à exegese da referência a tratados no art. 5º, § 2º, da Constituição vigente.

Realmente, se um direito fundamental se reconhece por determinados e específicos caracteres, que o ligam à dignidade humana – o que deflui da primeira parte do art. 5º, § 2º, ou seja, direitos decorrentes dos “princípios” da Constituição – nada a isto acrescenta a menção aos tratados. Realmente, do tratado não poderá deduzir-se direito fundamental que não deflúa da dignidade humana. E, defluindo da dignidade humana, o direito é fundamental independentemente do tratado, simplesmente por força da Constituição.

17. A referência a tratados, todavia, não é inócua. Ela se salienta, quando se leva em conta o papel que podem ter eles em relação aos direitos fundamentais.

Realmente, os tratados, quando se referem a direitos humanos, podem, de modo geral: 1) explicitar direitos implícitos (por natureza materialmente fundamentais); 2) criar direitos apenas formalmente fundamentais; ou 3) estabelecer o regime jurídico de um determinado direito.

É óbvio que, na primeira hipótese, o tratado cumpre um papel enunciativo. O direito já era fundamental, conquanto implícito, apenas se torna explícito.

Na segunda, o direito não é no fundo um direito fundamental. O direito que enuncia é um direito comum, com a peculiaridade de provir de um ato internacional, e como direito comum há de ser tratado.

Na última, ele “regulamenta” o direito, substituindo-se nesta função à lei, estipulando o modo e condições de seu exercício (claro que na medida em que a Constituição o admite).

18. Do exposto acima resultam consequências que merecem ser avaliadas, levando-se em conta o que se passará se o tratado fosse denunciado.

No primeiro caso, a denúncia do tratado não afeta o direito por ele declarado: era este direito fundamental por sua essência e sua positivação ou despositivação não lhe altera a condição, continua a ter eficácia como direito fundamental.

No segundo, o direito não merece sorte diferente de outros direitos (não fundamentais) decorrentes de tratados. Perde eficácia com a denúncia do tratado.

19. Aqui, porém, interfere o novo § 3º do art. 5º:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A disposição enseja que, pelo procedimento prescrito, o direito obtenha *status* constitucional e, embora apenas formalmente fundamental, não possa ser suprimido senão por Emenda, como ocorre com as normas contidas na Lei Magna independentemente de sua matéria (salvo as cláusulas pétreas).

20. Na verdade, o que é, na realidade, verdadeiramente importante e significativo quanto aos tratados de direitos humanos é o assinalado na terceira hipótese. Ou seja, o tratado fixar o regime jurídico do direito, particularmente o modo e as condições de seu exercício.

Tal regime pode ganhar *status* constitucional, se o tratado houver sido aprovado nos termos

do § 3º acima referido, com a decorrência de que este regime somente poderá ser mudado por Emenda.

Entretanto, se o tratado não houver sido adotado pela via aberta no art. 5º, § 3º, ele não terá *status* constitucional. Nesta hipótese, o regime decorrente do tratado, de acordo com uma tradição que remonta à Declaração de 1789 (art. 4º, parte final<sup>25</sup>), cai no terreno da lei. Assim, poderá ele ser modificado pela lei, se o ordenamento jurídico não reconhecer ao tratado uma posição hierárquica superior a esta.

Era esta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que equiparava, na hierarquia, o tratado à lei. Conseqüentemente, esta última poderia, sempre, alterar o regime que o tratado houvesse fixado, mesmo sem a denúncia do mesmo.

Entretanto, no novo posicionamento que se vislumbra, se, ao tratado for reconhecido nível superior à lei, esta não poderá modificar o regime estabelecido pelo mesmo, salvo se este houver sido denunciado.

De qualquer forma, o regime de um direito somente ganha *status* constitucional se houver sido adotado com a observância do preceituado no art. 5º, § 3º da Lei Magna.

#### **d Direitos fundamentais como cláusula pétrea**

21. Outra é conseqüência da caracterização material do direito fundamental é a possibilidade de delimitar o alcance do art. 60, § 4º, IV.

Comece-se por registrar que o parágrafo proíbe deliberar sobre “emenda tendente a *abolir*” (grifei), o que se explicita nos seus incisos, no caso “os direitos e garantias individuais”. Ora, a significação do termo *abolir* não enseja dúvidas na língua portuguesa: é *extinguir, fazer cessar, anular, revogar, eliminar*. Inabolibilidade não se confunde, portanto, com intocabilidade ou inalterabilidade.

Como é óbvio, um direito fundamental é abolido apenas se o seu conteúdo essencial for suprimido, anulado. É o que resulta de lição do Min. Sepúlveda Pertence, exposta numa decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesta, assinala-se claramente:

“As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (ADIn 2.024-2/DF, medida liminar).

22. É evidente que o direito não é abolido, quando apenas o seu regime jurídico é modificado, salvo o caso teratológico de o novo regime nulificar de fato o direito, esvaziando-o. Traga-se à colação o ensinamento de Alexy, ao assinalar que a mudança de regime somente afeta o “conteúdo essencial” de um direito, portanto, o abole indiretamente, “quando não é adequada, não é necessária ou é desproporcionada em sentido estrito”<sup>26</sup>.

23. É também evidente que a essa proteção especial – a inabolibilidade – fazem jus todos os direitos fundamentais, portanto, as liberdades e os direitos sociais, assim se interpretando o texto no sentido de reconhecer que o Constituinte disse menos do que queria dizer.

24. Entretanto, parece lógico que o a cláusula pétrea não proteja senão os direitos material-

mente fundamentais e não os apenas formalmente fundamentais, que não passam de direitos comuns.

Assim, à condição de inabolibilidade não fazem jus direitos apenas formalmente fundamentais, direitos comuns que, em razão das circunstâncias, ou, eventualmente, do arbítrio do legislador constituinte, foram alçados à dignidade de fundamentais. A “cláusula pétrea” não os protege, podendo eles ser eliminados (evidentemente por Emenda), e, *a fortiori*, ter o seu regime mudado (evidentemente por Emenda). A justificativa disto é simples. A inabolibilidade é exceção e as exceções interpretam-se restritivamente.

A razão de ser da “cláusula pétrea” é resguardar aquilo que Carl Schmitt chamou de Constituição em sentido positivo, ou seja, a decisão do povo, pelo Poder Constituinte, “sobre o modo e a forma da unidade política”<sup>27</sup>, não as normas secundárias, fruto de uma preocupação ocasional do legislador constituinte.

<sup>28</sup>Dezembro 2006.

### Notas explicativas

<sup>1</sup> CORWIN, Edward S. A. **Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, [s. d.]. p. 283.

<sup>2</sup> SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Nova Iorque: Oxford University, 1993. p. 357.

<sup>3</sup> *Id., ibid.*

<sup>4</sup> Sua posição é citada por SCHWARTZ (op. cit., p. 358): "the right (of privacy) is a species of 'lib-erty' (although, as I mentioned yesterday, I think the Ninth Amendment ... should be brought into this problem at greater length), but I would identify three groups of fundamental freedoms that 'liberty' encompasses: first, freedom from bodily restraint or inspection, freedom to do with one's body as one likes, and freedom to care for one's health and person; second, freedom of choice in the basic decisions of life, such as marriage, divorce, procreation, contraception and education and upbringing of children; and (third), autonomous control over the development and expression of one's intellect and personality".

<sup>5</sup> É a posição do Justice Scalia. Cf. SCHWARTZ, op. cit., p. 357.

<sup>6</sup> "The truth is that the judge who looks outside the historic Constitution always looks inside him-self and nowhere else". Registre-se que Bork chegou a ser indicado para a Suprema Corte, mas teve o nome rejeitado pelo Senado, em razão de seu extremado conservatismo.

<sup>7</sup> Outras Constituições, hoje, prevêm os direitos implícitos, como a portuguesa de 1976, no art. 16, 1º, contudo não serão aqui examinados pela falta de espaço.

<sup>8</sup> BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguiet, 1924. p. 469.

<sup>9</sup> Cf. ADIn nº 939-7-DF, rel. Min. Sydney Sanches, decisão de 15 de dezembro de 1993.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 370.

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 137.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 138.

<sup>13</sup> MANUAL de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t iv, p. 9-10.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático, Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>17</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>18</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 61.

<sup>19</sup> A este respeito, ele exemplifica com a inexistência de "um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito".

<sup>20</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 61.

<sup>21</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 61.

<sup>22</sup> V.sobre o assunto meu Direitos humanos fundamentais, Saraiva, São Paulo, 8ª ed., 2006, p. 67 e s.

<sup>23</sup> CONJURING up new human rights: a proposal for quality control, **American Journal of Inter-national Law**, v. 78, p. 607 e s, 1984.

<sup>24</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 615.

<sup>25</sup> "A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei" (grifei).

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001. p. 125.

<sup>27</sup> TEORIA de la Constitución. Trad. esp. México: [s. d.], p. 23 e s.

**Revista Jurídica**

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm)

Artigo recebido em 29/12/2006 e aceito para publicação em 31/01/2007

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados.

Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.