

# Direitos Implícitos Como Parâmetro Constitucional na Jurisprudência do STF

**FLÁVIO REZENDE DEMATTÉ**

Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Especialista em Direito Constitucional e Mestrando em Direito Constitucional, Ambos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

DOI: 10.11117/22361766.37.01.06

SUMÁRIO: Introdução; 1 A fundamentalidade dos direitos implícitos; 2 Os direitos implícitos como parâmetro de constitucionalidade; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

No constitucionalismo contemporâneo brasileiro, a ascensão dos direitos fundamentais como normas irradiantes de conformidade material para todo o ordenamento jurídico é acompanhada de perto pelo destaque que o Supremo Tribunal Federal tem ganhado perante a sociedade no exercício de sua função de guardião da Constituição, sobretudo quando é convocado a decidir questões permeadas de intenso dissenso moral, como homossexualismo, interrupção de gravidez, pesquisas científicas envolvendo embriões ou controvérsias envolvendo fatos e normas ligados à Ditadura Militar.

Em que pese o extenso rol de direitos fundamentais descrito na Constituição, não é incomum encontrar decisões do Supremo Tribunal Federal que resolvem o caso julgado com base em direitos que não estão enumerados no Texto Constitucional e muito menos entre aqueles indicados pelo legislador constituinte como de estatura fundamental.

O presente trabalho destina-se a analisar se tais direitos implícitos são dotados de fundamentalidade material, do mesmo modo que aqueles expressos nos arts. 5º a 17 da Constituição, bem como se é possível ao Supremo Tribunal Federal utilizar os direitos fundamentais implícitos como parâmetro para avaliar a constitucionalidade de atos normativos impugnados em face da Constituição.

## 1 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS IMPLÍCITOS

Os principais legados deixados para o constitucionalismo pelos movimentos revolucionários liberais desencadeados nos Estados Unidos da América (1775-1788) e na França (1787-1799) foram a ideia de constituição escrita, a consagração do modelo de separação das funções integrantes do poder estatal (*checks and balances*) e a declaração de direitos fundamentais inerentes à natureza humana<sup>1</sup>, os três

---

1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada e aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, previu expressamente em seu art. 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

alicerces que sustentam a noção de Estado de Direito e que permitem compreender o homem sob duas novas acepções: como indivíduo portador de direitos humanos universais e como única fonte e destino do legítimo poder político (soberania popular), poder este que deveria ser exercido pelo Estado sob o pálio do lema revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Contudo, o momento histórico subsequente ao segundo pós-guerra – que abarca o período de redemocratização pelo qual passaram vários países da América Latina a partir da última quadra do século XX – exigiu que o Estado de Direito fosse erigido sob um novo paradigma estatal, no qual a legalidade deixasse de ser um instrumento de legitimação/validação meramente formal de qualquer lei que viesse a ser aprovada, de modo que uma aferição material e axiológica do conteúdo destas leis se tornou imprescindível. É em decorrência dessa demanda que se passou a atribuir aos preceitos constitucionais força normativa. As disposições das Constituições, que até então desempenhavam o papel de meros documentos declaratórios de valores e diretrizes para a sociedade e para o Poder Público, adquirem, agora, o *status* e a imperatividade de autênticas normas jurídicas e condicionam formal e materialmente todo o ordenamento jurídico e toda a atuação estatal. Inaugura-se, assim, o paradigma do Estado Constitucional de Direito, onde os direitos fundamentais são concebidos como normas substancialmente definidoras de direitos e que desempenham a importante função de “criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana” (Hesse, 2009, p. 33).

A presença de um rol de direitos fundamentais inscritos na Constituição é uma nota inafastável de identificação do constitucionalismo. Mesmo a sintética Constituição dos Estados Unidos da América, a Carta escrita mais antiga do mundo (1787) e ainda em vigor, não deixou de declarar em seu texto uma lista de direitos que assegurassem aos cidadãos o exercício amplo e efetivo da liberdade, embora tal declaração tenha se dado somente dois anos mais tarde por meio das dez emendas constitucionais que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*<sup>2</sup>.

Com as constituições brasileiras, a história não foi diferente. Da Constituição Imperial de 1824 até a Carta Cidadã de 1988, passando por aquelas que vigoraram durante períodos ditatoriais (1937 e 1967 – EC 1/1969), todas elas abarcaram em seu texto uma declaração de direitos fundamentais, composta, sobretudo, por vários direitos e garantias individuais<sup>3</sup>. No que tange especificamente à atual Constituição, é importante notar como os direitos fundamentais ganharam mais relevância na presente ordem jurídica, em comparação com os sistemas constitucionais anteriores, a começar pela própria disposição topográfica do rol no texto, que pela primeira vez

---

2 Lawrence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 1) apontam que James Madison, um dos *founding fathers* da Constituição americana, se mostrou, em um primeiro momento, contrário à inclusão de um elenco de direitos fundamentais no Texto Constitucional. Contudo, Madison acabou se convencendo da importância de um *bill of rights* como uma precaução judicial extra para os cidadãos contra uma eventual tirania do governo.

3 A seguir, sequência das Constituições brasileiras pretéritas e os dispositivos que compunham a declaração de direitos e garantias individuais por elas expressamente previstos: 1824 (art. 179), 1891 (arts. 72 e 78), 1934 (arts. 113 e 114), 1937 (arts. 122 e 123), 1946 (arts. 141 a 144), 1967 (art. 150), EC 1/1969 (art. 153).

passou a integrar os artigos inaugurais da Carta (arts. 5º a 17), ao invés de compor os dispositivos inscritos na parte final do texto, como foi feito em todas as Constituições passadas.

Ingo Sarlet (2006, p. 77) aponta três importantes características da Constituição de 1988 que são extensivas ao catálogo de direitos fundamentais por ela previsto. Primeiro, o caráter analítico da Carta, que se reflete visivelmente no extenso rol de direitos fundamentais inseridos no Título II, onde se encontram, por exemplo, o art. 5º e seus setenta e oito incisos e o art. 7º e seus trinta e quatro incisos, sem olvidar a possibilidade de este rol ser aumentado via emenda constitucional, como se deu com a inserção do inciso LXXVIII pela EC 45/2004, e os outros direitos fundamentais passíveis de serem identificados a partir da cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º, a qual será objeto de uma análise mais aprofundada neste trabalho. Em segundo lugar, cumpre assinalar como a marca pluralista da Constituição de 1988 também foi refletida nos direitos fundamentais nela inseridos, o que é notado pela presença dos clássicos direitos de primeira geração, como a liberdade de imprensa e de pensamento, a vida, a propriedade e a igualdade, ao lado dos direitos de segunda geração, como os direitos sociais do art. 7º, e dos direitos de terceira geração, a exemplo do meio ambiente (art. 225) e da proteção das relações de consumo (art. 5º, XXXII)<sup>4</sup>. Por fim, o professor gaúcho observa que a qualidade programática da atual Constituição é espelhada nos direitos fundamentais em razão do grande número desses direitos que têm a sua regulamentação dependente de normas infraconstitucionais, tais como a proteção aos locais de culto (art. 5º, VI), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII) e determinados direitos de natureza penal, a exemplo daqueles expressos nos incisos XLII, XLIII e XLV do art. 5º, os quais, inclusive, têm a sua fundamentalidade material questionada por respeitável parte da doutrina (Mendes, 2009, p. 453; Sarlet, 2006, p. 82).

Não obstante, são nos dois primeiros parágrafos do art. 5º da Constituição de 1988 que se encontram os principais instrumentos normativos que elevam os direitos fundamentais a um patamar jurídico diferenciado no atual ordenamento brasileiro: o princípio da aplicabilidade imediata (§ 1º)<sup>5</sup> e a cláusula de abertura (§ 2º)<sup>6</sup>.

Pelo primeiro, até então inédito nas constituições pátrias, se opera o referido rompimento paradigmático da concepção dos direitos fundamentais como singelas orientações axiológicas e diretivas para a sociedade e o Poder Público, haja vista o caráter nitidamente mandamental – e não apenas declaratório – que imbuí o citado § 1º, de modo a cancelar que a concretização dos direitos fundamentais é uma

---

4 Paulo Bonavides (2004, p. 571) defende que haveria ainda uma quarta geração de direitos fundamentais, os quais estariam relacionados com o exercício direto e participativo da democracia, com o direito ao desenvolvimento e com o pluralismo que marca as sociedades contemporâneas. Todavia, a existência de tal geração não é um consenso entre os estudiosos do direito constitucional, sendo ignorada por uns (Ferreira Filho, 2008, p. 6) ou considerada um mero anseio profético por outros (Sarlet, 2006, p. 61).

5 “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

6 “§ 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.”

determinação constitucional a ser perenemente buscada e realizada pelo Poder Público e pela sociedade.

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem a sua carga normativa potencializada pelo art. 60, § 4º, IV, que os considera “cláusula pétrea” ou “de intangibilidade”, constituindo, assim, matéria proibida de ser abolida ou de ter a sua eficácia reduzida pelo exercício do poder constituinte derivado, haja vista que eventual erosão ou supressão dos direitos fundamentais pela via da emenda constitucional representaria uma verdadeira ruptura com o rol de valores e ideais que receberam da Constituição o mais alto selo normativo e que externam a própria identidade do sujeito constitucional, cuja construção e reconstrução é legitimada e balizada por normas constitucionais limitadoras (Rosenfeld, 2003, p. 48), como a do art. 60, § 4º, IV<sup>7</sup>.

Contudo, é importante não olvidar a advertência feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 6) de que aquilo que a citada cláusula está a impedir é a modificação ou supressão significativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois “inabolibilidade não se confunde, portanto, com intocabilidade ou inalterabilidade”, entendimento este também já manifestado pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião dos julgamentos da ADIn-MC 2.024 (J. 27.10.1999, DJ 01.12.2000) e do MS 23.047 (J. 11.02.1998, DJ 14.11.2003):

Reitero de logo que, a meu ver, 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. Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.

Já por meio do § 2º do art. 5º, o legislador constituinte inseriu o que se pode chamar de “cláusula aberta de fundamentalidade dos direitos” ou “princípio da não tipicidade”, segundo a qual os direitos expressamente previstos na Constituição de 1988 formam um mero catálogo exemplificativo, pois que não excluem outros direitos igualmente considerados fundamentais, que decorram do próprio regime constitucional, dos princípios acolhidos pela Constituição ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil participe<sup>8</sup>.

Tal dispositivo da Carta de 1988 possui nítida inspiração na 9ª Emenda ao Texto Constitucional norte-americano, a qual preceitua que “a enumeração de cer-

---

7 Cumprir registrar que Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 234; 2009, p. 452), em que pese a abertura dos direitos fundamentais promovida pelo § 2º do art. 5º, faz uma interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, no sentido de que a referida cláusula pétrea protegeria tão somente os direitos e garantias individuais elencados no art. 5º.

8 Vale ressaltar que a “cláusula de abertura” foi prevista em todos os Textos Constitucionais brasileiros a partir da Constituição de 1891, não obstante a Carta de 1988 ter sido pioneira ao prever a possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais a partir de tratados internacionais.

tos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”. Lawrence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 67) ensinam que a 9ª Emenda foi proposta por James Madison para impedir que se negassem ou menosprezassem aos cidadãos outros direitos que não estivessem expressamente enumerados no *Bill of Rights*, de sorte que ela não prevê e nem cria nenhum direito por si própria, mas representa a única regra de interpretação explicitamente prevista na Constituição.

A aplicação prática dessa afirmação é amplamente verificada na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA a partir de 1965 (caso *Griswold v. Connecticut*), em que a referida Emenda é empregada como instrumento hermenêutico, mas o reconhecimento de direitos não enumerados se dá, em geral, com base em duas cláusulas da Seção 1 da 14ª Emenda<sup>9</sup>: o devido processo legal (*due process of law*) e a igual proteção das leis (*equal protection clause*)<sup>10</sup>.

Assim, tem-se que todos os intérpretes constitucionais que compõem a sociedade aberta idealizada por Peter Habërle (1997) encontram na cláusula de abertura insculpida no § 2º do art. 5º a possibilidade de, pela via interpretativa, reconhecerem a presença de fundamentalidade em direitos outros que não aqueles taxativamente arrolados no compêndio dos arts. 5º a 17 da Constituição de 1988, mas que sejam por ela indicados em outros dispositivos, ou que até mesmo não estejam expressamente apontados no e pelo Texto Constitucional, mas que guardem identificação axiológica e temática com o regime e princípios constitucionais.

A abertura promovida pela cláusula do § 2º do art. 5º sinaliza que o constituinte originário não foi reducionista quanto aos direitos fundamentais e se atentou para o fato de que a fundamentalidade de um direito constitucionalizado não se restringe apenas ao seu aspecto formal, ou seja, não se resume somente à sua inserção em uma lista contida no Texto Constitucional, submetida, assim, a um procedimento mais rigoroso de modificação legislativa ou, até mesmo, à impossibilidade de uma eventual alteração.

Também aqueles aspectos substanciais relacionados às decisões fundamentais que arrimam a “estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (Alexy, 2008, p. 522) integram o conceito de fundamentalidade – aqui em um sentido ma-

---

9 14ª Emenda, Seção 1 (aprovada pelo Congresso em 13.06.1866; ratificada pelos Estados em 09.07.1868): “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

10 Para um estudo detalhado e analítico a respeito da construção dos direitos fundamentais implícitos por meio da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte norte-americana, a partir das interpretações que a Corte confere à 14ª Emenda, ver o trabalho de Eduardo Appio (2008), no qual, de início, o autor registra que a “base dos principais debates acerca do papel do Poder Judiciário na estrutura política dos Estados Unidos é a interpretação que seus membros conferem à 14ª Emenda, a qual trata, em sua primeira seção, de três garantias básicas da liberdade e da igualdade” (p. 88).

terial – dos direitos que a Constituição alberga. Canotilho (2003, p. 379) destaca que é justamente essa concepção material de direitos fundamentais que fornece, por um lado, o suporte fático para o reconhecimento de fundamentalidade a direitos não textualizados no corpo da Constituição e, por outro lado, possibilita o suporte normativo de cláusulas de abertura como a do art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, e que ambos permitem a “concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional”. Assim, é indispensável que se investigue hermeneuticamente o conteúdo veiculado por determinado direito, a fim de se constatar a presença ou não de uma nota de fundamentalidade material que o autorize a ingressar no “panteão” constitucional dos direitos fundamentais por meio da cláusula de abertura.

Dessa relevante constatação jurídico-dogmática necessariamente decorre, contudo, a incômoda, mas inevitável, pergunta de como é estabelecido – se é que isso é possível *a priori* e de maneira universal – o critério de fundamentalidade de um direito não enumerado, ou seja, quais são as características a serem verificadas pelo intérprete constitucional em um direito implícito para que este seja considerado fundamental sob o pálio da Constituição.

No Brasil, há certo consenso entre os constitucionalistas de que a fundamentalidade material dos direitos deve ser aferida tendo como prumo jurídico a sua correlação com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assim leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 2) quanto à necessária “ligação que há de haver entre tais direitos [*direitos fundamentais implícitos*] e o princípio da dignidade da pessoa humana”. Luís Roberto Barroso (2009, p. 179), um dos mais fervorosos adeptos dessa posição, afirma:

[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.

Segundo Bonavides (2004, p. 562), é preciso associar os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, haja vista serem estes valores históricos e filosóficos inerentes ao ideal do ser humano como pessoa. Também defensor da vinculação da fundamentalidade material ao princípio da dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva (2005, p. 178), em célebre passagem acerca do conceito de direitos fundamentais do homem, ensina:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *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. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Em sintonia com essa posição acadêmica assentada na doutrina jurídica pátria<sup>11</sup>, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente lançado mão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico para a análise acerca da fundamentalidade material de direitos não enumerados no Texto Constitucional, a exemplo do reconhecimento de um direito à busca da felicidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o que se observa, sobretudo, em casos envolvendo o custeio de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares pelo Estado.

No julgamento da STA 223-AgRg, em 14.04.2008<sup>12</sup>, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a um jovem de 25 anos, acometido de tetraplegia que o impedia de respirar sem a ajuda de um aparelho mecânico, o direito de ser submetido a um procedimento cirúrgico experimental no exterior (a implantação de um Marcapasso Diafragmático Muscular), a ser custeado pelo Estado. Como tal tratamento, acaso bem sucedido, devolveria ao jovem a capacidade primordial de respirar autonomamente, sem precisar estar preso a um leito e conectado a um aparelho hospitalar, o Ministro Celso de Mello deu provimento ao agravo regimental sob o argumento de que se havia de reconhecer, no caso em tela, o direito daquele jovem à sua autonomia existencial, implementando-se, assim, o direito à busca da felicidade como decorrência imediata da dignidade humana. O voto do Ministro foi acompanhado por quatro dos seis Ministros presentes na sessão, vencida a Ministra Ellen Gracie, que indeferiu o recurso sob o argumento de que a decisão representaria grave lesão à ordem pública, já que permitiria a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no SUS, sem que tivesse ocorrido instauração de um procedimento ou avaliação médica credenciada para tanto.

O referido direito à busca da felicidade foi invocado ainda em outras ocasiões pelo STF, como se observa no voto condutor proferido pelo ex-Ministro Carlos Velloso, nos REs 328.232 (J. 07.04.2005, DJ 20.04.2005) e 442.683 (J. 13.12.2005, DJ 24.03.2006), no sentido de que “o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz”. Na ADIn-MC 3.300 (J. 03.02.2006, DJ 09.02.2006), em que se discutiu questão relacionada a um alegado direito personalíssimo à orientação sexual e ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, o Ministro Celso de Mello, embora declarando extinto o processo por insuperável vício formal (a norma questionada na ADIn já havia sido revogada), foi claro acerca da relevância jurídica da matéria de fundo suscitada, a qual teria assentamento constitucional favorável e seguro em princípios fundamentais como a busca da felicidade. Como último exemplo, na SE

---

11 Além dos autores citados acima, também comungam desse entendimento, entre outros, Ricardo Lobo Torres (2002, p. 437), Ana Paula de Barcellos (2002, p. 110) e Daniel Sarmiento (2004, p. 155). Sustentando uma corrente alternativa, no sentido de que são considerados materialmente fundamentais apenas aqueles direitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática, ver o trabalho de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 235).

12 Embora até o final de novembro de 2010 o acórdão ainda não tenha sido publicado, o caso encontra-se detidamente analisado e comentado por Saul Tourinho Leal (2010, p. 297), o qual esteve presente na sessão extraordinária em que a ação foi julgada.

6.467 (J. 22.05.2000, DJ 30.05.2000), o Ministro Marco Aurélio homologou sentença estrangeira de divórcio, assentando como um dos fundamentos “o direito do homem à constante busca da felicidade, da realização como ser humano, passando o fenômeno pela reconstrução familiar”.

Além do direito implícito à busca da felicidade, também se observa na jurisprudência da Suprema Corte brasileira o reconhecimento de um direito fundamental à proteção da confiança nas relações jurídicas de direito público, o qual estaria imbuído de uma carga de ética jurídica e que seria um consectário do princípio da segurança jurídica (MS 22.357, J. 27.05.2004, DJ 05.11.2004; MS 24.268, J. 05.02.2004, DJ 17.09.2004). Outro direito implícito que começa a estar mais presente na pauta do STF é o direito à verdade, o qual já foi aventado como fundamental por ocasião do julgamento da ADPF 153 (J. 29.04.2010, DJ 06.08.2010)<sup>13</sup> e cujo reconhecimento da sua fundamentalidade material terá que ser, em breve, mais detidamente enfrentado pela Corte em razão da ADIn 4.077, por meio da qual se ataca a constitucionalidade de dispositivos das Leis nºs 8.159/1991 e 11.111/2005, que disciplinam o acesso e o sigilo a documentos públicos<sup>14</sup>.

Dos vários exemplos jurisprudenciais acima citados, já se verifica que, embora a dignidade da pessoa humana configure importante vetor hermenêutico e argumentativo para o reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados, o STF não reserva exclusividade a tal princípio quando precisa atribuir fundamentalidade material a direitos implícitos. E é natural e salutar que seja assim, porque o conteúdo de um direito a ser considerado fundamental pode não estar assentado na dignidade da pessoa humana e mesmo assim guardar elevado grau de fundamentalidade em um determinado contexto fático e axiológico que o torna passível de ser amparado pelo regime constitucional<sup>15</sup>.

Trazendo à tona lição de Daniel Sarmento (2004, p. 171) acerca da necessidade de se compreender os direitos fundamentais e sua fundamentalidade sem fundamentalismos, não se pode olvidar de que “a lei fundamental deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas”.

Ingo Sarlet (2006, p. 90) lembra que o desafio envolvendo a conceituação da materialidade dos direitos fundamentais acompanha a doutrina constitucional

---

13 Por meio da referida ADPF, o Supremo discutiu questão envolvendo a recepção do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 (“Lei de Anistia”) pela atual ordem constitucional.

14 Na petição inicial da citada ADIn, o Ministério Público Federal, autor da ação, alega que o direito à verdade proporciona ao homem o (r)estabelecimento de sua própria personalidade e da sua identidade pessoal, possuindo estreita conexão temática com o direito fundamental à informação, o qual encontra resguardo constitucional expresso nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º e no art. 220, *caput* e § 1º. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=430456#PETI%C7%C3%20INICIAL>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

15 Manifestando de forma incisiva contra ao que ironicamente chama de “toque mágico da dignidade humana”, ver estudo de Paulo Ricardo Schier (2005, p. 13) em que se analisa como o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido empregado como panaceia ideológica para a resolução de toda sorte de questões jurídicas.

desde os trabalhos de Carl Schmitt e que qualquer categorização definitiva, *a priori* e universal de determinados elementos que definam um direito como fundamental em um sentido material, está condenada a incorrer em algum nível de dissociação da realidade em que se encontra concretamente cada ordem constitucional existente. Conclui, assim, o referido autor:

Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta.

Destarte, tem-se, por um lado, que é impossível estabelecer limites conceituais precisos e terminantes acerca da nota de fundamentalidade material que necessita ser identificada pelos intérpretes da Constituição nos direitos implícitos que a todo o momento são suscitados em questões envolvendo temas constitucionais. Por outro lado, resta pacificado nos âmbitos dogmático, jurisprudencial e normativo que a existência de tais direitos fundamentais é uma realidade incontestada da facticidade onde se encontra a Constituição e um elemento essencial para sincronizá-la com as constantes demandas fáticas do mundo contemporâneo, ávidas pelo amparo normativo decorrente dos direitos fundamentais reconhecido pela Constituição, relação simbiótica esta que contribui para a continuidade do processo de evolução da identidade constitucional.

## 2 OS DIREITOS IMPLÍCITOS COMO PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE

No Estado Constitucional de Direito, o ordenamento jurídico é, por um lado, externamente envolto pelo manto normativo do regime constitucional, de modo a somente se tolerar o ingresso nele daqueles atos jurídicos que passem pelo processo de filtragem constitucional, e, por outro lado, é internamente impregnado pela principiologia e axiologia que emanam da supremacia formal e material da Constituição, sobretudo daquela que se irradia da eficácia dos direitos fundamentais, incluindo aqueles implícitos mas considerados imbuídos de fundamentalidade.

Dessa vinculação funcional entre o conteúdo dos direitos fundamentais e o processo de aferição da compatibilidade constitucional dos atos jurídicos, surge a pergunta se os direitos fundamentais implícitos integram o chamado “bloco de constitucionalidade” ou, em outros termos, se eles fazem parte do ferramental reconhecido pelo sistema jurídico como apto para aferir a parametricidade constitucional de um determinado ato normativo em face da Lei Fundamental.

Antes de prosseguir com essa questão, é importante delimitar o que se entende por bloco de constitucionalidade. Em sua origem, trata-se de conceito desenvolvido na França durante a década de 70 pelo constitucionalista Louis Favoreu e que, naquele país, designa o conjunto de textos com *status* constitucional utilizados pelo Conselho Constitucional francês como referência para realizar o controle prévio de constitucionalidade das normas a ele submetidas (Favoreu; Llorente, 1991, p. 21-25).

O conceito foi acolhido e desenvolvido pelo direito constitucional de diversos países, sobretudo na Espanha, e hoje consiste no grupo de normas (princípios e regras) explícitas e implícitas que servem de paradigma para o Poder Judiciário, em especial a Corte Suprema no exercício do controle abstrato, verificar a fidelidade constitucional hierárquico-normativa de um ato em face da Constituição, sendo também chamado de “parâmetro constitucional”.

Elencando as pautas que não integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 105-106) cita o preâmbulo constitucional, as normas constitucionais já revogadas, as práticas constitucionais, as normas de direito suprapositivo, as normas interpostas e a Lei Complementar nº 95/1998, que disciplina a elaboração e a modificação de leis no Brasil. Contudo, o citado autor assinala que, “no ordenamento jurídico pátrio, o *parâmetro constitucional* é vasto, porque vai muito além das normas e princípios constantes nas leis constitucionais escritas [...] para abarcar os princípios implícitos”, o que autoriza o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do controle de constitucionalidade por ele realizado, a ampliar ou restringir os limites materiais da Constituição de 1988 por meio da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º.

Esse entendimento já foi comungado pelo Ministro Celso de Mello em várias decisões por ele proferidas (ADIn 514, J. 24.03.2008, DJ 31.03.2008; ADIn 1.588, J. 11.04.2002, DJ 17.04.2002; ADIn 595, J. 18.02.2002, DJ 26.02.2002). Nesta última ADIn, em que, pela primeira vez, a expressão “bloco de constitucionalidade” foi empregada no STF, o referido Ministro se manifestou nos seguintes termos:

A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita ao intérprete o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência.

[...]

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à lei fundamental do Estado.

[...]

Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade – tal como este é concebido pela teoria constitucional [...], pois, dessa percepção, resultará, em última análise,

se, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade.

Feito esse breve esclarecimento teórico e jurisprudencial acerca da compreensão do parâmetro constitucional e sua abrangência no Brasil, pode-se retornar à pergunta feita inicialmente, cuja resposta já começa a ser delineada: sim, os direitos fundamentais implícitos podem ser utilizados pelo intérprete constitucional como paradigma para avaliar a constitucionalidade de um ato normativo, servindo, deste modo, como fundamento para a decisão a ser proferida quanto ao seu acolhimento ou rejeição pela Constituição.

De sorte que, no sistema constitucional brasileiro atualmente em vigor, os direitos implícitos que tenham a sua fundamentalidade material reconhecida pelo Poder Judiciário servem não só para resolver um caso concreto em favor de uma das partes do processo, deferindo-lhe a medida judicial pleiteada e a concessão do direito buscado, como também estão aptos para servir, em sede de fiscalização abstrata, de parâmetro de controle para infirmar ou confirmar a validade formal e material de uma norma jurídica em face do Texto Constitucional.

Embora, como visto, a cláusula de abertura esteja presente nas Constituições pátrias desde o primeiro diploma constitucional republicano (1891), somente no período de vigência da atual Carta tem-se observado uma atuação mais decisiva do Supremo Tribunal Federal quanto ao manejo de direitos fundamentais implícitos como paradigma para efetuar o controle de constitucionalidade de leis.

A jurisdição constitucional prestada pelo STF nesses casos, no exercício do seu papel de guardião da Constituição, está assentada em duas formas de reconhecimento de direitos fundamentais implícitos: um, por meio da atribuição de fundamentalidade a direitos que já estão expressos na Constituição, ou, dois, por meio do reconhecimento da fundamentalidade de direitos que decorrem de preceitos constitucionais expressos.

Como exemplo clássico da primeira forma de atuação do STF, tem-se a ADIn 939 (J. 15.12.1993, DJ 18.03.1994). Além de ser a primeira ação direta de inconstitucionalidade proposta contra uma emenda constitucional pós-1988 julgada procedente, a decisão proferida pelo Supremo na referida ação é histórica, pois nela restou firmado que a fundamentalidade material de um direito não está adstrita àqueles do catálogo do art. 5º, podendo ser atribuída a outros que se encontram distribuídos pelo Texto Constitucional, como, no caso, se reconheceu ao princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, *b*, da Constituição<sup>16</sup>.

---

16 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...]”

Por meio da citada ADIn, questionou-se a constitucionalidade de dispositivos da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que previa, em seu art. 2º, *caput*, autorização para que a União instituisse o Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), o qual, em razão de disposição contida no § 2º do referido artigo da emenda, poderia ser exigido dos contribuintes sem precisar obedecer ao mencionado preceito constitucional do art. 150, III, *b*<sup>17</sup>.

Tanto o Advogado-Geral da União, no exercício do seu ônus de defender a constitucionalidade da norma, quanto o Procurador-Geral da República se posicionaram no sentido de que as alterações promovidas pela emenda, que tangenciavam o princípio da anterioridade, não estariam eivadas de inconstitucionalidade, alegando, em síntese, que, a uma, elas apenas ampliavam as limitações para incidência do referido princípio, não o eliminando do Texto Constitucional e, a duas, que a anterioridade tributária não configurava preceito da Constituição reconhecido como cláusula pétreia, pois o art. 60, § 4º, IV, apenas abarcaria aqueles direitos e garantias de natureza universal e intertemporal e que estivessem relacionados diretamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano.

Tais teses não vingaram no julgamento da ADIn 939, pois o STF, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Marco Aurélio, reconheceu que as ressalvas feitas pelo legislador constituinte derivado ao princípio da anterioridade tributária afrontavam o preceito de intangibilidade previsto no art. 60, § 4º, IV. De acordo com a decisão dada ao caso, a Corte entendeu que a norma expressa no art. 150, III, *b*, era dotada de fundamentalidade material suficiente para ingressar, por meio da cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, no plexo de direitos fundamentais da Constituição, mesmo não estando o princípio da anterioridade tributária pontuado no catálogo de incisos do art. 5º.

O ex-Ministro Sidney Sanches, relator do processo, registrou que tal princípio constitui uma garantia individual do contribuinte na seara tributária e que, por isso, não seria passível de sofrer atenuações em seu campo de incidência, ainda que temporárias, nem mesmo pela ação do constituinte derivado, sob o risco de tal garantia restar completamente esvaziada por meio de eventuais novas emendas constitucionais que viessem a ser estabelecidas futuramente e que previssem novas exceções à anterioridade tributária.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio logo de início registra que as garantias constitucionais não estão adstritas ao elenco do art. 5º; pois que também se encontram espaçados pelo restante da Constituição outros princípios e garantias do cidadão que objetivam proporcionar a este uma maior igualação no embate diário

---

17 O § 2º do art. 2º da EC 3/1993 também previa que a cobrança do IPMF não estaria limitada pelas cláusulas de imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, da Constituição, “liberalidade” esta que também foi refugada pelo STF na ADIn 939, mas sob um fundamento mais amplo e genérico de que tais imunidades seriam, nos termos do voto proferido pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence, “instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como a liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, liberdade sindical, solidariedade social, direito à educação e assim por diante”.

que trava com o Estado. Destaca, ainda, em expressa referência ao § 2º do art. 5º, que “o Diploma Maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos”, concluindo, assim, que o princípio da anterioridade tributária é uma clara garantia constitucional a ser resguardada pela cláusula pétreia do art. 60, § 4º, IV.

O Ministro Celso de Mello apoia a sua manifestação na tese de que a anterioridade tributária, representando uma limitação da Constituição ao poder estatal de tributar, “constitui direito público subjetivo oponível ao Estado pelos contribuintes que dela se beneficiam” e significa um dos direitos fundamentais mais relevantes concedidos pelo regime constitucional ao cidadão-contribuinte, ao mesmo tempo em que se evidencia como um dever inderrogável do Poder Público, de modo que a abrangência de tal princípio está incólume ao poder constituinte derivado, somente podendo sofrer as limitações que foram já impostas pelo constituinte originário.

Por fim, interessante também é o voto proferido pelo ex-Ministro Carlos Velloso, que, ao compreender a anterioridade tributária como uma garantia individual do contribuinte revestida de fundamentalidade material pela cláusula de abertura (art. 5º, § 2º), avança na temática dos direitos fundamentais e indica que a proteção da limitação material ao poder de emenda contido no art. 60, § 4º, IV, alcança, não somente os direitos e garantias individuais, como todos os demais direitos tidos por fundamentais, o que abarcaria os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

Essa sucinta passagem pelos votos de quatro Ministros que compuseram a maioria vencedora, que decidiu pela procedência da ADIn 939, teve o condão de evidenciar como o Supremo Tribunal Federal juridicamente construiu e operou o parâmetro de constitucionalidade nessa situação.

A norma-paradigma que precisaria ser utilizada para infirmar a constitucionalidade da norma impugnada era o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, *b*, da Constituição, o qual não foi chancelado expressamente por esta como um direito fundamental. Ocorre que, para imprimir ao art. 2º, § 2º, da EC 3/1993 a pecha de inconstitucionalidade, o Supremo precisaria, no caso, utilizar a cláusula pétreia do art. 60, § 4º, IV, que, por sua vez, prevê proteção especial aos direitos e garantias individuais e, em um sentido amplo, aos direitos fundamentais. Eis o problema jurídico que estava posto, pois a parametricidade constitucional da norma atacada demandava aferição por meio de um preceito que, à primeira vista, a Constituição não catalogava como fundamental.

Para solucionar esse impasse, a Corte atribuiu fundamentalidade material a um direito previsto no Texto Constitucional – o direito de não ser tributado por um imposto no mesmo ano em que ele foi instituído – e, por meio da cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º, elevou-o ao *status* de direito fundamental, habilitando-o para funcionar como parâmetro de constitucionalidade de uma emenda constitucional<sup>18</sup>.

---

18 Importante destacar que esse mesmo método de atribuição de fundamentalidade foi empregado pelo STF mais recentemente na ADIn 3.685 (J. 22.03.2006, DJ 10.08.2006), que tratou do tema que ficou conhecido como “verticalização das coligações partidárias”.

A segunda maneira como o Supremo Tribunal Federal exerce sua jurisdição constitucional por meio de direitos fundamentais implícitos consiste no reconhecimento da fundamentalidade de direitos que decorrem de preceitos constitucionais expressos. Aqui, diferentemente da modalidade anterior, o direito que é reconhecido como fundamental pela Corte e empregado no controle de constitucionalidade não se encontra redigido no texto da Constituição, mas é uma derivação de algum princípio ou regra que já está explícito na Carta. Ou seja, o parâmetro constitucional invocado não é apenas a norma derivante, mas, principalmente, a norma derivada.

O caso aqui utilizado como exemplo em que esta modalidade foi muito utilizada é a ADIn 3.510 (J. 29.05.2008, DJ 28.05.2010), proposta pelo Procurador-Geral da República com o fim de ver declarada a inconstitucionalidade integral do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24.03.2005 (Lei de Biossegurança), dispositivo que autoriza a utilização das chamadas células-tronco embrionárias para fins científicos e terapêuticos<sup>19</sup>.

Em apertada síntese, o proponente da ação sustenta que o dispositivo impugnado seria inconstitucional por violar o direito à vida, argumentando que a vida humana se inicia na – e a partir da – fecundação, de sorte que o embrião já é ser humano dotado de vida desde esse momento. Assim, a utilização de células-tronco embrionárias violaria o princípio da dignidade humana, o que não impediria, contudo, a realização de tais pesquisas com células-tronco adultas.

Embora não seja objeto de análise no presente estudo, cumpre registrar que o julgamento da ADIn em questão sofreu a contribuição de rico e intenso debate promovido por meio dos mecanismos de democracia participativa colocados à disposição da jurisdição constitucional a ser prestada pelo STF, como a admissão, na condição de *amici curiae*, de seis importantes entidades representativas de interesses relacionados à causa que estava para ser julgada, bem como a realização, pela primeira vez na história do Supremo, de audiência pública com a participação de várias autoridades científicas versadas no tema a ser discutido na ADIn.

O julgamento da ação se deu em dois momentos: na sessão de 05.03.2008, com a leitura do relatório, sustentações orais e o voto do Relator, Ministro Carlos Britto, e na sessão de 28.05.2008 (finalizada no dia seguinte), com a leitura do

---

19 “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

voto-vista do Ministro Menezes Direito e dos votos dos demais Ministros. Embora a contagem final aponte para um escore de seis a cinco pela improcedência da ação, as linhas decisórias defendidas pelos Ministros foram três: seis decidiram pela total improcedência da ADIn<sup>20</sup>, três pela procedência parcial da ação<sup>21</sup> e dois pela improcedência da ADIn, mas que, em caráter aditivo, condicionaram a pesquisa com células-tronco embrionárias ao controle e autorização de um comitê central de ética vinculado ao Ministério da Saúde<sup>22-23</sup>.

No voto do Ministro Carlos Britto, alguns direitos que não encontram registro explícito na Constituição são suscitados para amparar a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. Tomando-se por base a vinculação do planejamento familiar com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), reconhece-se ao casal um direito à fertilização artificial, o qual seria exercido de acordo com a autonomia da vontade e a privacidade decisória, manifestações da liberdade. Tem-se também como reconhecido à mulher um direito à não obrigatoriedade de aproveitamento de todos os embriões fecundados *in vitro* (nidação compulsiva dos embriões excedentários), sob pena de se estar incorrendo na transgressão do direito fundamental de proibição a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, II). Além disso, o Ministro Relator ampara o direito à realização de pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias no valor fundante da integração comunitária, advindo do constitucionalismo fraternal e que está retratado no objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Ao lado da dignidade da pessoa humana, a Ministra Cármen Lúcia destaca que o direito a uma vida digna possui como um dos seus mais importantes vetores de efetivação a liberdade de pesquisar cientificamente, de informar e ser informado dos resultados dessas pesquisas e de poder usufruir desses resultados; trata-se da liberdade para se dar ao viver digno. Segundo consignado em seu voto, “possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna da espécie humana”. Em interessante passagem, está registrado que o direito a pesquisas e tratamentos com células-tronco embrionárias encontra fundamento constitucional no art. 225, § 1º, II, que abarca o chamado princípio da solidariedade entre as gerações. A Ministra registra em seu voto que a dignidade da pessoa humana, acolhida como princípio constitucional, impregna toda a elaboração do Direito e alicerça a ordem constitucionalizada, consistindo em um verdadeiro superprincípio constitucional, no qual se fundam todas as políticas públicas formuladas pela Constituição.

---

20 Ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

21 Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Aceitavam a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, desde que não houvesse a destruição do embrião.

22 Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

23 Como o objetivo deste tópico é verificar como o STF tem utilizado direitos fundamentais implícitos como parâmetro de constitucionalidade, somente serão objeto de análise os principais votos da corrente vencedora, abordando-se apenas os pontos dos votos em que os Ministros mencionam direitos que não estão expressos no Texto Constitucional.

O Ministro Marco Aurélio também não se descarta de fundamentar o direito à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias no princípio da dignidade da pessoa humana, posto que eventuais avanços científicos serão aptos a promoverem uma vida útil razoavelmente satisfatória àquelas pessoas acometidas de enfermidades ou deficiências, tudo isso assentado no valor da solidariedade.

A dignidade da pessoa humana como valor-fundante que inspira e conforma a ordem constitucional é a carga principiológica que dá o tom do voto do Ministro Celso de Mello, que, ao final, conclui que a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 permitirá o exercício concreto de direitos básicos e alienáveis, entre os quais ganham destaque o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade, prerrogativas inegáveis e inerentes de todas as pessoas.

Como se vê, não foi pequena a variedade de direitos trazidos à tona pelo STF no julgamento da ADIn 3.510. Embora todos eles tenham sido empregados em algum grau como parâmetro de constitucionalidade para aferir a compatibilidade da norma impugnada com a Constituição, o que denota o reconhecimento de um viés de fundamentalidade em cada um deles, nenhum dos direitos evocados possui inscrição taxativa no Texto Constitucional.

Os apelos à dignidade da pessoa humana, à liberdade de pensamento, à paternidade responsável ou à solidariedade entre as gerações, preceitos expressamente previstos na Constituição, exerceram, nesse caso, um duplo papel paradigmático, pois não só serviram de baliza jurídica para atestar a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 como funcionaram, sobretudo, como fonte hermenêutica para a derivação de direitos materialmente fundamentais, cujo conteúdo normativo mais específico em relação à matéria discutida na ADIn foi essencial para chancelar como compatível com a Constituição o direito à utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos.

## CONCLUSÃO

Do que foi exposto no presente estudo conclui-se que o reconhecimento de fundamentalidade material a direitos que não estejam expressamente previstos na Constituição é um fato real, inevitável e necessário para a constante evolução do sujeito e da identidade constitucionais, o que é possibilitado normativamente pela cláusula de abertura prevista no § 2º do art. 5º e judicialmente pelo papel hermenêutico criativo que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado nas questões a ele submetidas pela via da jurisdição constitucional.

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha se mostrado o principal vetor interpretativo utilizado pela Suprema Corte para desvelar direitos que estejam implícitos no regime constitucional, as bases normativas aptas para atribuir fundamentalidade a tais direitos podem recair sobre qualquer princípio ou regra previsto na Constituição, haja vista que a busca pela restrição do conteúdo dos direitos fundamentais a uma categoria universal e definitiva consiste em tarefa destinada ao insucesso, sobretudo em razão das especificidades que se apresentam às distintas realidades constitucionais concretas.

Deste modo, constatado que os direitos implícitos podem ser dotados de fundamentalidade material, nada impede que o Supremo Tribunal Federal os utilize como parâmetro em processos de controle de constitucionalidade de normas, o que, como visto, tem acontecido com certa frequência.

As duas formas como o STF tem procedido ao reconhecimento de um direito fundamental implícito para fins de aferição da parametricidade constitucional de um ato jurídico em face do Texto Constitucional são: por meio da atribuição de fundamentalidade a direitos que já estão expressos na Constituição (caso da ADIn 939) ou por meio do reconhecimento da fundamentalidade de direitos que decorrem de preceitos constitucionais expressos (caso da ADIn 3.510).

O cenário jurisdicional que se vislumbra para o STF aponta que mais desafios jurídicos envolvendo direitos fundamentais implícitos ainda terão que ser enfrentados pelo guardião da Constituição, haja vista que importantes matérias como aborto, direitos dos homossexuais e acesso aos arquivos secretos da Ditadura Militar ainda não foram submetidos a um debate constitucional intenso no âmbito daquela Corte.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidade*. Madri: Civitas, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 01-08, dez./jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_82/Artigos/PDF/Manoel\\_Goncalves\\_rev82.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/Artigos/PDF/Manoel_Goncalves_rev82.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.
- HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida et al. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. O caso Marcos José *versus* Estado de Pernambuco. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoonstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, p. 01-20, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.