RETAINED BY THE PEOPLE: O SILÊNCIO DA NONA EMENDA E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS QUE OS AMERICANOS DESCONHECEM QUE POSSUEM

DANIEL A. FARBER

NELISE DIAS VIEIRA*

RESUMO: A presente resenha expõe a problemática interpretação e aplicação da nona emenda à Constituição dos Estados Unidos, com base no livro *Retained by the people* de Daniel Farber. O conteúdo do estudo desenvolvido por Farber é descrito de forma sintética e suas principais afirmações sobre a temática dos direitos fundamentais são destacadas. A obra examinada apresenta a nona emenda constitucional no papel de cláusula de abertura do catálogo dos direitos fundamentais no direito constitucional norte-americano. Retained by the people é uma colaboração científica à defesa da titularidade dos direitos fundamentais não enumerados no catálogo constitucional independentemente da inserção formal dos mesmos na Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Nona Emenda Constitucional e Constituição dos Estados Unidos.

ABSTRACT: This review outlines the problems interpreting and applying the Ninth Amendment of the United States' Constitution, based on the book Retained by the people by Daniel Farber. The study developed by Farber is briefly described and his main statements about fundamental rights are highlighted. His work has examined the ninth amendment role as the opening clause of the fundamental rights' catalog in the American constitutional law. Retained by the people is also a scientific contribution to fundamental rights' defense, when they are not listed in the constitutional catalog regardless of their formal inclusion on the Constitution. KEYWORDS: Fundamental Rights; Ninth Constitutional Amendment and the United States' Constitution.

SUMÁRIO: Introdução, 1. Desenvolvimento da Obra "Retained by the people", Conclusão, Referências.

SUMMARY: Introduction, 1. Development of the Work "Retained by the people", Conclusion, References.

-

Artigo recebido em 14.09.2010 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 12.04.2011.

* Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especialista em Política Internacional pela PUCRS. Discente do Mestrado em Relações Internacionais e da Especialização em Direito Internacional, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

A obra Retained by the people examina o papel da nona emenda na Constituição dos Estados Unidos da América como cláusula de abertura do catálogo dos direitos fundamentais. As interpretações e aplicações equivocadas sobre a emenda são demonstradas, bem como a importância dela na compreensão do direito constitucional americano. A utilidade da cláusula é definida em suas funções de atualizar e adaptar o catálogo de direitos fundamentais às necessidades das pessoas. No término da exposição, o autor reconhece que os direitos fundamentais não enumerados¹ pertencem as pessoas independentemente de seu acolhimento no texto constitucional.

A estrutura do livro está dividida em quatro partes centrais, um seguimento inicial de contextualização básica e ao final um apêndice reflexivo. O seguimento inicial serve como diretriz explicativa para leigos no estudo do direito norteamericano, bem como apresenta uma delimitação técnica aos profissionais da área do direito constitucional. Desde o princípio, adota-se a premissa de que a nona emenda é uma órfã constitucional, esquecida pela maioria e revelada por poucos. Uma das únicas exceções foi o magistrado (justice) Arthur Goldberg's no famoso caso Griswold², que examinou o direito das pessoas casadas utilizarem contraceptivos para controle de natalidade.

A nona emenda como cláusula de abertura do catágolo dos direitos fundamentais não previstos no texto da Constituição sofre várias críticas, mas uma das principais é o risco de fomentar o ativismo judicial. Em resposta, o prof. Dr. Daniel Farber afirma que os juízes que não possuem "self-restraint" (autolimitação) e confundem suas visões políticas pessoais com a Constituição são igualmente perigosos, com ou sem uma nona emenda. O autor acrescenta, ainda, que a solução para o ativismo judicial é selecionar bons juízes e não distorcer a história na esperança de limitar a arena de falhas das aventuras judiciais. Portanto, em sua visão, os limites de atução do poder judiciário (judical restraint) não são incompatíveis com o reconhecimento dos direitos fundamentais não catalogados no texto da Constituição.

1. DESENVOLVIMENTO DA OBRA RETAINED BY THE PEOPLE

A idéia básica de Farber é reviver a tradição norte-americana de reverência aos direitos fundamentais. Tal tradição serve de forte fundamento para as decisões das Cortes americanas. Na primeira parte da obra, os direitos não

http://supreme.justia.com/us/381/479/case.html Acesso em: 25 de agosto de 2010.

390

¹ Daniel Farber refere-se aos direitos fundamentais não enumerados no catálogo previsto na Constituição dos Estados Unidos da América. Inclui-se aqui os direitos fundamentais implícitos, por também necessitarem do reconhecimento judicial exposto na obra.

Caso Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 de 1965 discute o direitos de pessoas casadas receberem informações e utilizarem métodos contraceptivos para controle de natalidade. O votos argumentam em favor da utilização da garantia do devido processo legal para garantir o direito a privacidade das pessoas casadas em relação a forma de realizarem o controle de natalidade. Arthur Goldberg vai defender em seu voto que a nona emenda poderia também fundamentar a decisão do caso, proporcionando o reconhecimento desse direitos às pessoas casadas de forma mais apropriada. Texto integral em inglês, disponível em:

escritos e a Constituição são problematizados. Considera-se que hoje, as pessoas geralmente pensam em direitos como sendo criados por leis e não mais pela idéia dos direitos naturais. A expectativa é que os direitos sejam protegidos pelas leis e não somente pelo sentimento político. Os fundadores da federação tinham medo que alguém utilizasse os direitos constitucionais listados como desculpa para violar outros direitos. Foi James Madison que apresentou a nona emenda como solução para esse problema. Madison referiu-se aos direitos não enumerados como outros direitos "retained by the people" (retidos pelas pessoas). Dessa forma, a Constituição é descrita como produtora de exceções em favor de certos direitos, não como criadora desses direitos. Consequentemente, tanto os direitos explícitos quanto os não enumerados são retidos pelas pessoas, o que significa que todos esses direitos já existiam e foram meramente guardados em um lugar.

Na parte inicial da obra, a nona emenda é apresentada como um componente constitucional que entrou em hibernação quase ao mesmo tempo em que foi criada. Ela foi baseada no medo da intromissão da regulação federal nas liberdades individuais. Por sua vez, a declaração de direitos não criou restrições ao legislador, que de outra forma estaria livre para ignorar os direitos ausentes de proteção no texto legal. A declaração, simplesmente, enuncia restrições ao poder legislativo que derivam da sociedade e do governo.

Na seção seguinte, a cláusula do devido processo legal como meio judicial de proteção dos direitos fundamentais é apresenta como substituta histórica e imprópria da nona emenda. A cláusula do devido processo legal (due process) foi utilizada para proteção dos direitos fundamentais individuais, conforme foi estabelecido pelos casos da Suprema Corte Americana em 1920, diferentemente de sua controversa aplicação em favor da liberdade econômica. Porém, as bases históricas de sua função como protetora dos direitos fundamentais são muito fracas, o que resultou em diversas espécies de ataque à Corte, por estar aplicando a cláusula errada na proteção dos direitos fundamentais. Farber afirma que a cláusula do devido processo legal não comporta a função de definir a extensão da proteção dos referidos direitos. O autor defende, ainda, que o real problema não é a existência de direitos fundamentais, mas a definição deles, porque em primeiro lugar é necessário estabelecer que algumas coisas não são direitos fundamentais não-enumerados. Todavia, a questão mais complexa é se as cortes devem aplicar a proteção dos direitos fundamentais contra as ações de outros órgãos governamentais. Sobre esta problemática existem argumentos poderosos de cautela, mas eles não suportam a completa retirada da proteção judicial.

Na terceira parte, discute-se como alguns direitos pontuais se tornaram fundamentais ou pretendem ser dotados de fundamentabilidade constitucional em função do bem jurídico que protegem no direito norte-americano. São eles: os direitos reprodutivos, apresentados com destaque na questão do aborto; o direito de morrer, o direito de terminar tratamento médico, o suicídio assistido, os direitos dos homossexuais, o casamento de homossexuais, o direito à

educação, o direito de proteção do Estado (*government*), o direito de viagem, o direito de moradia e a informação privada.

O reconhecimento dos direitos não-enumerados como fundamentais requer um processo evolutivo próprio da *common law*, ou seja, viver a tradição do resultado de um processo que se move de forma moderada e cautelosa. O Judiciário é por natureza o mais conservador dos órgãos do Estado (*government*). Sua tarefa é olhar para as tradições passadas e simultaneamente preservá-las e atualizá-las para enfrentar os desafios do presente e do futuro. Portanto, as reformas radicais e revolucionárias são inconsistentes com este papel.

A Constituição dos Estados Unidos pertence ao sistema da *common law*, isto é, sua estabilidade expressar-se, primariamente, em decisões judicias reconhecidas como normas jurídicas. A *common law* envolve uma série de decisões. Farber defende que o direito constitucional é melhor sucedido quando a Corte é capaz de desenvolver princípios sobre uma série de casos substanciais, ao invés de pronunciar um kit de regras de uma só vez e pretender a efetividade imediata de tal legislação. Assim, a nona emenda de direitos assegura que o sistema da *common law* irá reter estabilidade, pois respeita o precedente. Contudo, o referido sistema possui os mesmos problemas tipícos de maturação temporal, jurídica, política e cultural no reconhecimento de direitos fundamentais que os sistemas jurídicos que seguem a tradição romano-germânica³.

Na quarta parte da obra, as amplas implicações do reconhecimento de direitos fundamentais torna-se objeto da exposição. Daniel Farber destaca, também, que citar o direito estrangeiro é uma tradição americana que retroage aos primeiros dias da República. Entretanto, não o faz na crença de que o direito estrangeiro está comprometido com a interpretação constitucional da Suprema Corte. No entendimento do autor, o direito estrangeiro geralmente direciona-se às mesmas questões fundamentais que surgem sobre a Constituição Americana. Isso é particularmente verdade em relação a nona emenda que foi fundada em razão de preocupações universalistas, mais que com base na natureza especial do sistema federativo ou na doutrina de separação dos poderes norte-americanos. Admite-se, também, que independente das precauções, sempre haverá o risco de erro. Todavia, este é simplesmente o custo que se paga pela adoção de um sistema de direito apto a proteger direitos inalienáveis como foram defendidos por Thomas Jefferson e sua geração.

CONCLUSÃO

Em sede de apêndice, são ressaltados os mal-entendidos perpetrados pelos fundadores da Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo Farber, a nona emenda não tem por objetivo preservar o poder governamental do Estado nem prevenir uma expansão da autoridade federal. Ela também não

110

³ Aprofundamento sobre as noções de família da common law e romano-germânica ver: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

foi estruturada para proteger a revogação da declaração de direitos dos Estados federados. Sua linguagem não é particularmente obscura. A nona emenda expressa que alguns direitos retidos pelas pessoas estão listados na Constituição e outros não. Alem disso, a existência do direito na lista constitucional não carrega nenhuma implicação negativa sobre os não-listados. A maioria dos direitos listados na Declaração de Direitos proporcionam garantias contra abusos individuais específicos. Portanto, presume-se que os direitos não enumerados aos quais se refere a nona emenda são geralmente do mesmo caráter. Esta perspectiva expressa a idéia da commow law de acompanhar pela história judicial em conjunto com a dinâmica temporal da cultura jurídica, a formação gradual da tradição de respeito às garantias judiciais. A força das garantias judiciais depende da confiança na previsibilidade do procedimento judicial, que se transforma para acomodar os direitos fundamentais não enumerados. Os direitos não enumerados no catálogo atualizam a materialidade constitucional frente aos trâmites necessários para alteração formal da Constituição. Assim, as pessoas já possuem os referidos direitos que carecem de reconhecimento para serem dotados de proteção por parte do Estado. No direito constitucional norte-americano, tal reconhecimento é proporcionado pelo Poder Judiciário na sua função de intérprete e aplicador do concreto sentido da Constituição.

Retained by the people não possui ainda tradução em língua portuguesa. Os interessados nas discussões teóricas sobre a Constituição dos Estados Unidos e nos precedentes judiciais históricos da Suprema Corte Americana sobre os direitos fundamentais não enumerados no texto constitucional encontrarão no livro referências importantes. O prof. Dr. Daniel Farber é graduado pela Universidade do Illinois, onde cursou outras titulações acadêmicas até o doutorado. É professor de Direito, presidente do Grupo de Energia e Recursos e diretor do Centro de Direito, Energia e Ambiente da Universidade da Califórnia Berkeley. Farber participa também do conselho editorial da *Foundation Press* e é membro da Academia Americana de Artes e Ciências. Sua trajetória profissional abrange assessorias (*clerked*) ao juiz Philip W. Tone da Corte de Apelação dos Estados Unidos no 7º Circuito e ao magistrado (*justice*) John Paul Stevens da Suprema Corte dos Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Caso Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 de 1965 discute o direitos de pessoas casadas receberem informações e utilizarem métodos contraceptivos para controle de natalidade. Disponível em:

http://supreme.justia.com/us/381/479/case.html Acesso em: 25 de agosto de 2010. 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.