

OS FUNDAMENTOS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

João Hélio Ferreira Pes¹

Resumo: O acesso à internet é o que viabiliza o exercício de determinados direitos, alguns também fundamentais, como o direito de peticionar a determinados órgãos da administração pública, o direito de acessar a prestação de contas dos poderes constituídos, o direito de participar de licitações públicas e o direito obter certidões diretamente das páginas de órgãos públicos. Este trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos da caracterização do direito de acesso à internet como um direito fundamental. Inicialmente aborda os argumentos utilizados pelos teóricos dos direitos fundamentais para conceituar um novo direito como fundamental. Logo em seguida, utiliza o método da dedução para analisar a possibilidade de reconhecimento do direito de acesso à internet como um direito fundamental implícito a partir do conceito de direitos fundamentais. Posteriormente, utiliza-se o método analítico para identificar os fundamentos da caracterização de fundamentalidade desse direito. A conclusão é no sentido de apresentar os fundamentos da caracterização desse direito como um direito materialmente fundamental que deve receber um tratamento jurídico reforçado, próprio do prescrito para os demais direitos fundamentais. Assim, deve ser tratado como norma de hierarquia superior às demais, vinculando imediatamente os poderes públicos e, na maior medida possível, os particulares e, ainda, desfrutando, também, na maior medida possível, de aplicabilidade imediata.

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; Pós-Doutorado com estágio no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, SC.

Palavras-Chave: Direito de acesso à internet. Direito fundamental. Teoria dos direitos fundamentais.

THE BASIS OF RECOGNIZING THE RIGHT TO INTERNET ACCESS AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Abstract: Internet access is what enables the exercise of certain rights, some of which also considered fundamental rights, such as the right to petition to certain public entities, the right to access the rendering of accounts of the constituted powers, the right to participate in public tenders and the right to obtain certificates directly from the pages of public agencies. This paper aims to analyze the fundamentals of the characterization of the right of access to the internet as a fundamental right. It first addresses the arguments used by fundamental rights theorists to conceptualize a new right as fundamental. It then uses the deduction method to analyze the possibility of recognizing the right of access to the internet as an implicit fundamental right from the concept of fundamental rights. Subsequently, the analytical method is used to identify the basis of the fundamentality characterization of this right. The conclusion is that this right presents the foundations of the characterization as a materially fundamental right that should receive a reinforced legal treatment, as prescribed for the other fundamental rights. Thus, it should be treated as a rule of superior hierarchy, immediately binding the public authorities and, to the greatest extent possible, the private ones and also enjoying, to the greatest extent possible, immediate applicability.

Keywords: Right of access to the internet. Fundamental right. Fundamental rights theory.

INTRODUÇÃO



o contexto atual, alguns direitos fundamentais clássicos como o direito de acesso à informação, o direito a prestação jurisdicional, o direito à manifestação, entre outros, somente podem ser exercidos, em determinadas circunstâncias, com a utilização das novas tecnologias da informação e comunicação.

Nesse sentido, o uso da internet é o instrumento que viabiliza o exercício de determinados direitos, como nos seguintes exemplos: no direito de peticionar a determinados órgãos da administração pública; no direito de acessar a prestação de contas dos poderes constituídos; no direito de participar de licitações públicas; no direito obter certidões diretamente das páginas de órgãos públicos; no direito de registrar um boletim de ocorrência policial; no direito de votar via internet nas propostas orçamentárias de orçamentos participativos ou de consultas populares.

Assim, é inegável que esse “ter” acesso às novas tecnologias da informação e comunicação deve ser garantido às pessoas, de forma universal, como um direito que tenha regime jurídico reforçado. A partir dessa constatação é que se delimita a abordagem deste trabalho na caracterização do direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação como um direito fundamental. O objetivo principal é analisar os fundamentos teóricos do reconhecimento desse direito como um direito fundamental implícito que não se diferencia dos demais direitos alçados a essa condição.

O método da dedução é utilizado, inicialmente, para analisar a possibilidade de reconhecimento do direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação como um direito fundamental implícito a partir do conceito de direitos fundamentais. Posteriormente, utiliza-se o método analítico para identificar os fundamentos da caracterização de fundamentalidade desse direito.

O artigo está dividido em duas partes. A primeira,

verifica os argumentos utilizados pelos teóricos dos direitos fundamentais para identificar um novo direito como fundamental por meio da clausula de abertura constitucional. A segunda, analisa os fundamentos da caracterização do direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação como um direito fundamental implícito. A Conclusão é de que a partir do conceito de direitos fundamentais e da análise do direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação é possível identificar os fundamentos da caracterização desse novo direito como um direito materialmente fundamental.

1 OS FUNDAMENTOS DA CARACTERIZAÇÃO DE UM NOVO DIREITO COMO FUNDAMENTAL

Historicamente duas teorias abordaram de forma antagônica a razão de ser dos direitos fundamentais. A Teoria Jusnaturalista surgiu apresentando o fundamento dos direitos fundamentais em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Já a Teoria Positivista buscou fundamento na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular, sendo direitos fundamentais somente aqueles previstos expressamente no ordenamento jurídico positivado.

Contemporaneamente, devido à inserção dessa discussão num contexto de grandes mudanças, como a normatividade dos princípios, a inclusão de normas axiológicas nas constituições e a relevância da argumentação jurídica, é possível afirmar que se vislumbra uma nova teoria: a Teoria Pós-Positivista.

O pós-positivismo surge como uma nova teoria que propõe a superação da tradicional dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Ao mesmo tempo em que se diferencia dessas duas teorias, é moldada tendo como parâmetros básicos aspectos marcantes ou premissas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Apresenta a relação intrínseca entre direito e moral como a diferença substancial com o positivismo jurídico, no

entanto, utiliza-se do procedimento positivista para legitimar os princípios e seus valores axiológicos ao defender a inserção desses princípios nos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica.

Para Margarida Lacombe Camargo (2001, p. 139-141), o pós-positivismo, na condição de movimento de reação ao modelo kelseniano, apresenta duas dimensões: a primeira, capitaneada por Dworkin e Alexy, defende o reconhecimento da força normativa dos princípios com todo o seu potencial valorativo; a outra dimensão, fundamentada nas obras de Viehweg e Perelman, defende que a força lógico-legitimante está nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais. Ressalta-se que nessa última dimensão não há como excluir a metodologia hermenêutico-constitutivista de Dworkin e a teoria da argumentação de Alexy.

Assim, o pós-positivismo tem como objetivo dar caráter normativo aos princípios jurídicos e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante para concretizar os valores axiológicos constitucionalizados por meio dos princípios. Por outro lado, o pós-positivismo substitui o velho modelo hermenêutico de interpretação, marcado pela pretensão de uma objetividade absoluta, por um novo modelo de raciocínio e argumentação jurídica que considere a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. É importante ressaltar que essa conexão deve estar sempre fundamentada constitucionalmente, isso para evitar os excessos perpetrados até mesmo por aqueles que têm a função de guardiões da Constituição e que justificam suas decisões fundamentadas pelo “clamor das ruas”.

Por fim, pela Teoria Pós-Positivista a caracterização de um direito como fundamental depende, principalmente, do seu conteúdo. Nesse sentido, os direitos fundamentais mantêm uma estreita relação com o princípio da dignidade humana. Isso faz com que o poder constituinte e os intérpretes constitucionais fiquem vinculados a determinar quais direitos são tão importantes

que a sua proteção ou não proteção não pode ficar nas mãos de uma maioria simples. Portanto, para caracterizar um direito como fundamental é necessário verificar se esse direito se reveste substancialmente de fundamentalidade.

É possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, ainda, que qualquer direito que estiver em conexão imediata com a dignidade humana pode ser qualificado como fundamental. Francisco Fernandez Segado afirma, no mesmo sentido, que “os direitos fundamentais são a expressão mais imediata da dignidade humana” (1994, p. 77).

Assim, a Teoria Pós-Positivista reconhece que o conjunto de direitos fundamentais, quando titularizados pelo homem, tem como fundamento axiológico o respeito à dignidade humana. Essa concepção identifica como núcleo essencial do direito e de todo o ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana. *Esse princípio confere unidade de sentido e de valor ao sistema constitucional. Esse princípio é o que justifica a positivação ou o reconhecimento constitucional de direitos humanos que passam a ser caracterizados como fundamentais, portanto é o reconhecimento da importância do respeito ao ser humano – razão da própria organização em sociedade, da fundação do Estado e da adoção do Direito, com todas as suas peculiaridades e classificações.*

Portanto, não há mais espaço para a teoria que considera direitos fundamentais apenas aqueles que são simplesmente positivados nas constituições por força de definição do poder constituinte. Assim como não há mais espaço para a teoria que considera fundamentais somente aqueles direitos que são caracterizados como direitos naturais do homem.

Para caracterizar um direito como fundamental é preciso considerar, na maior medida possível e de forma simultânea, alguns fundamentos. Além do primeiro, brevemente já explicitado, de que os direitos fundamentais são direitos considerados

essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana, os outros dois são de que os direitos fundamentais são direitos que exercem uma função social e de que esses direitos são, preponderantemente, direitos humanos.

Quanto ao segundo fundamento, da função social que exercem os direitos fundamentais, diz respeito a uma constatação crítica de que os direitos, para serem alçados à condição de fundamentais, devem ser importantes, também, para a sociedade, pois se vive num mundo onde o ser humano não pode ser considerado sem o contexto em que vive e o individualismo deve ser visto como algo do passado. As liberdades individuais que eram interpretadas como as únicas merecedoras de destaque e prestígio, agora, são acompanhadas de outras posições jurídicas ou direitos que estão no mesmo nível de reconhecimento.

Peter Häberle (2003, p. 11), ao analisar as funções dos direitos fundamentais, refere-se à função social como um elemento essencial, principalmente por promover certa oposição a uma visão personalista e individualista dos direitos fundamentais e por propagar a imposição de limites às liberdades individuais, visando à satisfação dos interesses da coletividade e do bem comum.

O exercício ou a fruição dos direitos fundamentais também deve estar vinculado ao bem comum, sendo que a função social pressupõe a não deformação jurídica de bens relevantes para a coletividade. Portanto, a partir da premissa de que é em razão dos interesses coletivos que os direitos são concedidos a todos, não se pode admitir que um interesse individual possa degenerar direitos dos outros.

No que se refere, ainda, à funcionalidade social a que se sujeitam os direitos fundamentais, convém ressaltar que a função social expressa uma certa forma de compreensão da dimensão horizontal. A todo direito corresponde um dever, dever do estado na dimensão vertical e dever de cada um na dimensão horizontal. A compreensão dos direitos fundamentais em toda

sua extensão e profundidade não prescinde da simultânea consideração dos deveres que lhes são inerentes.

Nesse sentido, é também relevante a lição de Ingo Sarlet (2013, p. 771) de que: “Os direitos fundamentais são sempre também direitos sociais, visto sempre terem uma dimensão comunitária, mas em especial por serem todos, em maior ou menor medida, dependentes de concretização também por meio de prestações estatais”.

Portanto, um direito fundamental para ser caracterizado como tal deve cumprir uma função social, sendo que tal característica pode inclusive justificar restrições, desde que respeitado o núcleo essencial e observada a proporcionalidade. Por fim, é importante ter sempre presente a lição de Oscar Rodríguez Olivera (1998) de que não pode haver supremacia do interesse individual, nem do coletivo, mas uma necessária relação de complementaridade.

O último fundamento a ser analisado, é o de que os direitos fundamentais representam, de forma preponderante, direitos humanos convertidos em direito constitucional. Este fundamento se diferencia sutilmente da concepção esboçada por Robert Alexy que afirma categoricamente que direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional (2003). Alexy reconhece que a definição de direitos fundamentais como direitos humanos transformados em direito constitucional apresenta uma debilidade significativa que consiste na dificuldade de conceituar direitos humanos. O próprio Alexy em outro momento (1999) conceitua direitos humanos partindo da distinção desses direitos com os demais. Aponta algumas marcas que distinguem os direitos humanos de outros direitos, destacando que os direitos humanos são universais e fundamentais.

Quanto ao aspecto da universalidade é importante ressaltar que compreende não apenas a caracterização dos direitos do homem como ideal universal e, sim, a universalidade dos titulares, ou seja, que direitos do homem são direitos que cabem a

todos os homens.

No tocante à caracterização dos direitos humanos como fundamentais, Alexy (1999) estipula que os objetos dos direitos do homem devem tratar de interesses e carências que sejam tão fundamentais que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. Assim um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação possa significar: 1º - ‘a morte’ (relacionado ao direito à vida); 2º - a perda da ‘autonomia do ser’, (relacionado às liberdades de locomoção, opinião, etc.) e; 3º - ‘grave sofrimento’, (fere a dignidade da pessoa humana).

A partir dessa brilhante formulação, verifica-se que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais está vinculada à caracterização que recebe determinado direito humano de ser reconhecido ou assegurado (expressa ou implicitamente) por determinada Constituição, consistindo em bens ou valores dotados de suficiente relevância e essencialidade a ponto de merecer ou necessitar de uma proteção jurídica e normatividade reforçada, especialmente no que diz respeito à exclusão do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos.

Portanto, conclui-se que os fundamentos da caracterização de um direito como fundamental, devem ser analisados tanto no aspecto da fundamentalidade formal como da substancial ou material. A fundamentalidade material dos direitos fundamentais está relacionada com a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, ou seja, direitos dotados de suficiente relevância e essencialidade, inseparáveis da própria noção de pessoa, constituindo a base jurídica da vida humana, notadamente na garantia da dignidade inerente ou conquistada por todos.

Já a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, por estar intimamente ligada ao direito constitucional positivo, ou seja, relacionada a uma constituição concreta (no presente estudo, à Constituição brasileira de 1988), consiste no reconhecimento, definido pelo constituinte, de que determinado direito

humano deve ter um tratamento diferenciado em relação aos outros direitos, inclusive constitucionais.

Mais uma vez, ressalta-se que tanto os direitos formalmente fundamentais como os (só) materialmente fundamentais se diferenciam dos demais direitos, no sentido de serem tratados como normas de hierarquia superior às demais, ficando indisponíveis para o Estado na sua função legislativa, considerando-se cláusulas *pétreas* (art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição brasileira), ou seja conteúdos que não podem ser modificados por emendas à constituição e, ainda, na maior medida possível, vinculam todos os destinatários à aplicabilidade imediata, impondo aos órgãos estatais o dever de otimização de sua eficácia e efetividade (art. 5º, § 1º da Constituição brasileira).

Portanto, o direito de acesso à internet pode ser reconhecido como um direito fundamental (assunto da próxima seção) por atender os requisitos que fundamentam a caracterização de um direito como fundamental.

2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de acesso à internet não se encontra expressamente disposto no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, portanto, faz-se necessário analisar os fundamentos utilizados para reconhecer esse direito como um direito fundamental de todos.

Assim, para caracterizar esse novo direito como um direito fundamental é preciso verificar, por meio de um processo metodológico dedutivo simples, se esse direito, com todas as suas peculiaridades, corresponde à definição de direito fundamental. Além disso, por meio de um processo metodológico mais complexo, é necessário justificar a fundamentalidade material desse direito.

Dessa forma, inicialmente é relevante apresentar alguns

elementos que integram o conceito de direitos fundamentais, elementos que consistem em características e conteúdos mencionados por doutrinadores como Jorge Miranda (2000), Jose Joaquim Gomes Canotilho (2003), Jorge Reis Novais (2006), Jose Carlos Vieira de Andrade (2004), Robert Alexy (2008), Ronald Dworkin (2002) e Ingo Sarlet (2010): a) posições jurídicas titularizadas individual ou coletivamente; b) posições essas expressas na Constituição (fundamentalidade formal) ou reconhecidas pelo ordenamento jurídico como normas equivalentes ou equiparadas às constitucionais (fundamentalidade material); c) posições jurídicas estruturadas na forma de princípios e regras; d) têm como finalidade precípua a tutela da liberdade e da igualdade com a limitação do poder; e) resguardo e promoção da dignidade humana (PES, 2019, p. 68-69).

No Estado brasileiro, o direito de acesso à internet, por não ser norma expressa no texto constitucional (fundamentalidade formal), é tratada como norma que deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como equivalente ou equiparada às constitucionais (fundamentalidade material).

Nesse sentido, ao analisar os fundamentos da caracterização desse direito como fundamental é imprescindível verificar à luz do ordenamento jurídico brasileiro a fundamentalidade dos direitos a partir da cláusula de abertura constitucional. A “cláusula aberta” dos direitos fundamentais, também denominada de ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos da atual Constituição Brasileira, admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição (chamados de direitos fundamentais implícitos, conhecidos também como direitos fundamentais não expressos, não escritos ou não enumerados). Dessa forma, com a adoção da, assim denominada por Jorge Miranda (2000, p. 162), “cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais”, passam a ser também considerados direitos fundamentais aqueles que decorrem do regime democrático, dos outros princípios adotados pela

Constituição Brasileira e dos tratados de direitos humanos.

Nesse viés, a Constituição Brasileira aceita outros direitos além daqueles nela expressamente previstos. “Esses direitos não são aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam e, sim, aqueles que são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material” (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 617).

O §2º do artigo 5º da Constituição brasileira (BRASIL, 1988) deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes. A origem dessa cláusula, incluída desde a primeira Constituição Republicana de 1891, tem como referencial histórico a Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo (PES, 2010, p. 50).

Portanto, as normas de direitos fundamentais não se restringem aos dispositivos constitucionais previstos no capítulo próprio. No direito brasileiro, elas se apresentam de diferentes formas, seja como enunciados de emendas constitucionais ou de tratados de direitos humanos, ou ainda, de forma não escrita, como normas implícitas, decorrentes de outros dispositivos constitucionais, do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais.

Inegavelmente, o reconhecimento do direito de acesso à internet como fundamental, a partir da cláusula de abertura constitucional, somente ocorre após uma correta justificação da fundamentalidade desse novo direito. Essa justificação é resultado da redefinição do campo de incidência do direito fundamental expresso de acesso à informação ou, ainda, pode também ser justificado com base nos princípios constitucionais, sempre guardando uma relação estreita com o conteúdo do texto

constitucional. Portanto, vislumbra-se múltiplas formas de reconhecimento do direito de acesso à internet como fundamental.

Outro aspecto a ser analisado diz respeito a estrutura de uma norma de direito fundamental. A estrutura das normas de direitos fundamentais se configura tanto de princípios quanto de regras, comportando a distinção entre regras e princípios como uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas. A distinção entre princípios e regras elaborada por Ronald Dworkin (2002) e reformulada, posteriormente, por Robert Alexy (2008) consolidou a ideia de que o direito não é constituído apenas por regras, mas também por princípios, normas que se abrem para a entrada dos valores no direito, como defendido por Gustav Radbuch (2010), contrariando as teses positivistas. Quando os direitos fundamentais são tratados como regras, cumprem o papel de realçar o caráter vinculante e a força normativa definitiva desses direitos. As normas que expressam o comando (dever-ser) que garante o direito fundamental de acesso à internet abarcam, por vezes, regras e, por vezes, princípios.

O direito de acesso à internet pode ser identificado em regras como as previstas na legislação da transparência pública que regula o acesso à informação pelas novas tecnologias, notadamente no artigo 3º, inciso III, da Lei nº 12.527/2011, que assim dispõe: “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados(...): III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;” (BRASIL, 2011).

Por outro lado, essa mesma legislação que regula a transparência pública garantindo o direito de acesso à informação pela utilização dos novos meios de comunicação está fundamentada no ‘princípio da universalização do acesso’, portanto, é possível identificar, também, nesse princípio o direito de acesso à internet.

O Direito de acesso à internet é similar ao Direito

Fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira. No direito de acesso à justiça, também conhecido como princípio da indeclinabilidade da prestação judicial, os titulares desse direito o exercem objetivando garantir o exercício de outros direitos, por vezes, direitos fundamentais. No direito fundamental implícito de acesso à internet os titulares desses direitos também o exercem visando o exercício de outros direitos, como é possível verificar em alguns exemplos: no direito de peticionar a determinados órgãos da administração pública via sítios governamentais; no direito de acessar a prestação de contas dos poderes constituídos; no direito de participar de licitações públicas via internet; no direito obter certidões diretamente das páginas de órgãos públicos; no direito de registrar um boletim de ocorrência policial via internet; no direito de votar via internet nas propostas orçamentárias de orçamentos participativos ou consultas populares, etc.

Os argumentos racionais que justificam caracterizar o direito de acesso à internet como fundamental podem ser encontrados no conteúdo abrangido pelo princípio da dignidade humana, com a sua garantia precípua de limitar o poder e tutelar a liberdade e a igualdade. Enfatiza-se que é pela necessidade de limitação do poder e por meio das cláusulas gerais da liberdade e da igualdade que se justifica o reconhecimento de novos direitos fundamentais decorrentes do respeito à dignidade da pessoa humana.

Indubitavelmente o direito de acesso à internet, exercido nas variadas formas possíveis, é um direito considerado essencial ao resguardo e à promoção da dignidade humana. O titular desse direito, ao ser impedido de exercê-lo ou pelo simples fato de não ter as condições fáticas para o exercício do direito, tem a sua dignidade humana desrespeitada ou desconsiderada.

Além disso, o direito de acesso à internet atende o requisito de caracterização como direito fundamental por ser um direito que exerce uma função social. Um direito, para ser definido

como fundamental, além de ser considerado essencial para o respeito à dignidade humana, deve cumprir uma função social. Nesse sentido, é obvio que esse direito se reveste de essencialidade e significância tanto para o Estado como para a sociedade.

Portanto, o direito fundamental de acesso à internet, mesmo não sendo um direito formalmente fundamental, é um direito que deve receber um tratamento jurídico de acordo com o prescrito, em geral, para todos os direitos fundamentais. É um direito fundamental implícito que se diferencia dos demais direitos não fundamentais, no sentido de ser tratado como norma de hierarquia superior às demais, vinculando imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo) e, na maior medida possível, os particulares e, ainda, desfruta, também, na maior medida possível, de aplicabilidade imediata.

Por fim, o direito de acesso à internet é um direito humano que deve ser reconhecido como materialmente fundamental. É um direito que, na sua dimensão subjetiva, refere-se a interesses e carências que são tão fundamentais que a necessidade de respeito, proteção ou fomento se deixa fundamentar pelo direito, ao ponto de sua não satisfação significar grave sofrimento (atinge a dignidade humana), podendo significar, também, a perda da autonomia do ser.

CONCLUSÃO

O direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação é reconhecido como um direito fundamental a partir da cláusula de abertura constitucional. Nos termos da atual Constituição Brasileira, essa cláusula admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas de forma expressa no seu texto.

O reconhecimento do direito de acesso às novas tecnologias da comunicação e informação como fundamental ocorre após uma correta justificação da fundamentalidade desse novo

direito. Essa justificação é resultado da redefinição do campo de incidência do direito fundamental já expresso no texto da Constituição e, também, considerado um direito fundamental clássico que é o direito de acesso à informação ou, ainda, pode também ser justificado com base nos princípios constitucionais, sempre guardando uma relação estreita com o conteúdo constitucional.

É possível, também, efetuar o reconhecimento do direito de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação como um direito fundamental implícito a partir da análise do conceito de direitos fundamentais. Portanto, é possível utilizar várias formas para caracterizar esse novo direito como fundamental.

Os fundamentos para essa caracterização são de que esse direito está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana; é um direito que exerce uma função social, portanto, essencial e significativo para o Estado e para a sociedade; refere-se a interesses e carências que são tão fundamentais que a necessidade de respeito, proteção ou fomento se deixa fundamentar pelo direito, ao ponto de sua não satisfação significar a possibilidade de grave sofrimento ao atingir a dignidade humana do titular do direito sonogado, podendo significar, também, a perda da autonomia do ser.

Portanto, o direito fundamental de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação é um direito fundamental que deve receber um tratamento jurídico reforçado, próprio do prescrito para os demais direitos fundamentais. Assim, deve ser tratado como norma de hierarquia superior às demais, vinculando imediatamente os poderes públicos (legislativo, judiciário e executivo) e, na maior medida possível, os particulares e, ainda, desfrutando, também, na maior medida possível, de aplicabilidade imediata.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, p. 55-66, jul./1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 abr. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em 29 Mar. 2019.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 4ª reimpressão, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Podivm, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los Derechos Sociales en La Constitución Abierta*. Granada: Comares, 1998.
- PES, João Hélio Ferreira. *Água potável: direito fundamental de acesso, dever fundamental de fornecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão. In *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 jan. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SEGADO, Francisco Fernandez. Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.121, p.69-102. jan./mar. 1994.