

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA)
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS (CCSo)
CURSO DE DIREITO

ANTONIO JOSÉ DE SOUZA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
liberdades de expressão *versus* direitos da personalidade

São Luís
2017

ANTONIO JOSÉ DE SOUZA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

liberdades de expressão *versus* direitos da personalidade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa Gonçalves.

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo autor.
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Souza, Antonio José de.

Colisão de direitos fundamentais: liberdades de expressão versus direitos da personalidade / Antonio José de Souza. - 2018.

103 f.

Orientadora: Cláudia Maria da Costa Gonçalves.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2018.

1. Direitos da personalidade. 2. Direitos fundamentais.
3. Liberdades de expressão. 4. Parâmetros condicionantes.
5. Ponderação de direitos. I. Gonçalves, Cláudia Maria da Costa. II. Título.

ANTONIO JOSÉ DE SOUZA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
liberdades de expressão *versus* direitos da personalidade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cláudia Maria da Costa Gonçalves
(Orientadora)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

Dedico mais esta conquista aos meus pais (*in memoriam*), origem de tudo que sou, de tudo que sonhei e que me forjaram para chegar até aqui e olhar para dentro com orgulho, olhar para fora com altivez, olhar para cima com gratidão, olhar para baixo com afeto, olhar para o lado com irmandade, olhar para trás com saudades e olhar para frente com esperança.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Cláudia Gonçalves, por ser minha referência acadêmica.

À minha esposa Andréa, pelo amor, incentivo e paciência.

À enteada Lara e filhos Clarissa, Laura, Pedro e Marina, luzes no meu caminho.

RESUMO

O trabalho em apreço tem como escopo realizar um estudo acerca dos direitos fundamentais constitucionais e um estudo sobre a utilização do princípio da proporcionalidade, por meio de parâmetros condicionantes, na ponderação envolvendo colisão desses direitos fundamentais constitucionais. Busca realizar um estudo da doutrina e da Lei de Colisão de Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy, bem como dos parâmetros condicionantes, a serem analisados quando da ocorrência de colisão de direitos fundamentais, sugeridos por diversos autores como Wilson Antonio Steinmetz, Luis Roberto Barroso, Anderson Schreiber. Tem por objetivo também a realização de um estudo de revisão bibliográfica dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade, bem como de institutos jurídicos correlatos. Por fim busca colacionar os parâmetros condicionantes utilizados nas decisões judiciais no Brasil e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando do julgamento de casos envolvendo colisão de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

This present work aims to develop a study on the fundamental rights defended by the Brazilian Constitution and the appliance of the proporcionalidade principle, by using conditioning parameters in the weighting of these fundamental and constitutional rights when there's a collision between them. It also aims to develop a study on the doctrine, such as Robert Alexy's law on the collision of fundamental rights, as well as the conditioning parameters that are verified when there is such collision, parameters which are suggested by many authors, such as Wilson Antonio Steinmetz, Luis Roberto Barroso, Anderson Schreiber. This work aims, too, to develop a bibliographic review of the fundamental rights of freedom of speech and personality rights, as well as other similar legal institutes. Finally, this study aims to describe the conditioning parameters that Brazilian courts and the European Court of Human Rights use in their decisions when it comes to collision of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of speech. Personality rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1	A fundamentalidade formal e material dos direitos na CF/88	15
2.2	A eficácia horizontal dos direitos fundamentais	17
2.3	O caráter principiológico dos direitos fundamentais	18
2.3.1	O caráter das regras	19
2.3.2	O caráter dos princípios	20
3	A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
3.1	A resolução da colisão entre direitos fundamentais	24
3.1.1	A lei de colisão de Robert Alexy	27
3.1.2	Da colisão de princípios nasce uma regra-atribuída	30
3.1.3	A validade de uma regra-atribuída.....	31
3.2	O conceito de proporcionalidade.....	32
3.2.1	Os elementos da máxima da proporcionalidade	33
3.2.1.1	Da adequação ou conformidade dos meios (<i>geeignetheit</i>)	34
3.2.1.2	Da necessidade ou exigibilidade do meio menos gravoso (<i>erforderlichkeith</i>).....	36
3.2.1.3	Da proporcionalidade em sentido estrito (<i>verhältnismäßigkeit</i>).....	37
4	LIBERDADES DE EXPRESSÃO	40
4.1	Liberdade de informação	46
4.2	Liberdade de imprensa.....	47
4.3	O discurso de ódio.....	49
4.4	Liberdade de expressão e o momento da intervenção judicial.....	52
5	DIREITOS DA PERSONALIDADE	54
5.1	Direito à intimidade.....	56
5.2	Direito à vida privada (privacidade).....	56
5.2.1	Limites ao direito à privacidade	57
5.2.2	Direito ao esquecimento	58
5.3	Direito à honra	61
5.4	Direito à imagem.....	62
6	PARÂMETROS CONDICIONANTES PARA A PONDERAÇÃO	67
6.1	A veracidade do fato.....	69
6.2	A licitude do meio empregado na obtenção da informação.....	70

6.3	A personalidade pública.....	70
6.4	O local da ocorrência do fato	73
6.5	A natureza do fato	74
6.6	A existência de interesse público	75
6.7	A atualidade do fato.....	76
7	ESTUDO DE CASO – ADIN n. 4815/DF	77
8	CONCLUSÃO	93
	REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico foi concebido sob as perspectivas de analisar a proposta de Robert Alexy para se alcançar a melhor resposta jurídica nos casos de colisão de direitos fundamentais, de se estudar os institutos jurídicos da liberdade de expressão e informação e dos direitos da personalidade, bem como de compilar os parâmetros condicionantes utilizados na jurisprudência acerca da colisão específica entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro lado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, alguns princípios foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro e elevados ao grau de direitos fundamentais constitucionais, compondo subsídios importantes para fundamentar racionalmente decisões jurídicas, principalmente nos casos onde não cabe a mera subsunção do fato à norma, característica das regras.

Os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação e os direitos da personalidade estão garantidas no inciso IX do art. 5º (liberdade da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação) e no art. 220 e parágrafos, e no inciso X do mesmo art. 5º (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas), todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2014).

Entretanto, ao longo do estudo poderão ser citadas de forma ilustrativa outras normas, inclusive de produção do direito europeu, aplicadas em casos reais de colisão, ou tão somente casos de aplicação da técnica da ponderação entre outros direitos fundamentais diversos dos citados acima.

Também trará uma análise quanto à eficácia horizontal desses direitos fundamentais, caracterizada pela coordenação e igualdade jurídica que protege a pessoa humana nas relações entre particulares e acerca da eficácia vertical dos direitos fundamentais, caracterizada pela relação de subordinação entre os particulares e os poderes públicos.

Este trabalho de revisão bibliográfica versará na sua parte específica acerca do momento em que colidem a garantia constitucional da liberdade de expressão e informação e a garantia fundamental dos direitos da personalidade, tais como as inviolabilidades da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. E na sua parte conclusiva discriminará os parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro nos casos concretos de colisão de direitos fundamentais, de forma a responder uma pergunta principal: De que forma e sob quais

parâmetros o Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da proporcionalidade nas decisões envolvendo a colisão de direitos fundamentais?

Interessará, pois, para que se responda ao questionamento acima, saber, como a doutrina trata da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios, onde não haverá revogação (extinção) ou invalidação (anulação) de um dos princípios em favorecimento do outro, mas tão somente se estabelecerá sob que circunstâncias do caso concreto um direito fundamental, garantido constitucionalmente, numa ponderação de princípios prevalecerá em detrimento de outro.

Diante do exposto, o presente estudo estará centrado na inter-relação, quando não harmônica ou quando contraditória, entre os direitos fundamentais (princípios constitucionais) de liberdade de expressão e dos direitos da personalidade.

Dessa forma, estarão sob análise os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal que determinam, de um lado, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, bem como que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, desde que observado o princípio da unidade da Constituição e, de outro lado, que determinam que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A importância da presente pesquisa acerca do tema específico dessas colisões de direitos fundamentais é decorrente, principalmente, da evolução tecnológica por que passa a sociedade contemporânea, visto que a expansão em escala global dos meios de comunicação e da internet e a multiplicidade de equipamentos eletrônicos de captação, produção e divulgação de fatos e eventos (máquinas fotográficas, *tablets*, *smartphones*) popularizaram e banalizaram ao extremo ação de se comunicar, informar e ser informado.

Assim também, o fenômeno da disseminação ramificada quase que instantânea da informação no mundo virtual, por meio das mídias sociais do *WhatsApp*, *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, e outros que exigiu, inclusive, uma nova regulamentação estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A divulgação dessa enorme quantidade de informação, em forma de imagem, vídeo ou texto, sem a devida cautela no resguardo das garantias fundamentais, se utilizadas com violação ao direito da personalidade acarretará, via de regra, inevitáveis conflitos jurídicos.

De posse de tais conhecimentos da ciência jurídica formar-se-á o embasamento teórico para, no caso concreto de uma lide envolvendo essas garantias, oferecer ao julgador o

fundamento legal para que este decida qual será o princípio preponderante e prevalente entre o direito de uma pessoa ou o direito de outra, em vista a diversidade de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

No segundo capítulo serão abordados os direitos fundamentais, sua definição e seu caráter principiológico. Na sequência, o terceiro capítulo versará sobre a colisão de direitos fundamentais, os métodos de solução, o pensamento e a proposta de Robert Alexy quanto a esse tipo de lide e a metodologia de resolução desses casos aplicando a técnica da proporcionalidade por meio da Lei de Colisão.

O quarto capítulo será sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, sua positivação nos tratados internacionais, sua característica de direito “*prima facie*”, bem como será também um estudo específico acerca da liberdade de informação, da liberdade de imprensa e do discurso de ódio, entendido como um dos limites da liberdade de expressão.

No quinto capítulo serão estudados os direitos da personalidade, sua positivação nos tratados internacionais, bem como serão efetuadas análises específicas acerca de suas partes indissociáveis como os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. Também, esse capítulo, trará uma abordagem do direito ao esquecimento, visto que está estreitamente relacionado ao parâmetro da atualidade do fato e ao resguardo dos direitos da personalidade quando em colisão com a liberdade de expressão de eventos pretéritos.

O sexto capítulo apresentará os parâmetros condicionantes propostos pela doutrina e utilizados pela jurisprudência na aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de colisão de direitos fundamentais, e que são determinantes para estabelecer a prevalência da liberdade de expressão quando contraposta aos direitos da personalidade, ou vice-versa.

No sétimo capítulo, de forma a dar densidade fática às teorias, será efetuado um estudo de caso acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815 que deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais da liberdade de expressão e de criação artística, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Neste capítulo, serão apresentados os votos dos ministros do STF especificamente quanto à utilização e aplicação metodológica, ou meramente retórica, da técnica da proporcionalidade na colisão dos direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que protegidos por normas constitucionais, os direitos fundamentais, positivados na Constituição Federal Brasileira, estão inseridos em um sistema complexo, limitados por outros direitos e interagindo entre si e, dessa forma, exigem que sua interpretação seja realizada com caráter aberto e amplo, com a “[...] incorporação das ciências sociais e também das teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral [...]” (HABERLE, 2002, p. 12), configurando, assim, uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta.

Os princípios são instrumentos para uma adequada hermenêutica constitucional que confirmam a concepção da Constituição como norma jurídica obrigatória visto que possuem força normativa, tal qual as regras, vinculando potencialmente, mas não absolutamente, os intérpretes da norma.

A hermenêutica constitucional é parte da hermenêutica jurídica, visto que a Constituição é portadora de força normativa “[...] na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia [...]”, como prelecionado por Hesse (1991, p. 16). Da mesma forma, são normas de aplicação imediata, nos termos do art. 5, §1º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2014). Assim, não se configura apenas como expressão de um “ser”, não se trata apenas da correspondência escrita em papel das condições fáticas de sua origem social e política, mas também de um “dever-ser”, procurando “[...] imprimir ordem e conformação à realidade política e social.” (HESSE, 1991, p. 16).

Konrad Hesse diz que o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela, “[...] somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.” (HESSE, 1991, p. 13). Por analogia ao enunciado de Hesse, também o significado dos princípios, objeto de estudo deste trabalho, na realidade somente pode ser definido em sua relação de reciprocidade com outros valores e princípios, visto que não são definitivos e nem absolutos.

Todo sujeito que vive em um contexto social regulado por uma norma jurídica será, direta ou indiretamente, um intérprete dessa norma. Não é a interpretação constitucional, quer seja do ponto de vista teórico ou do ponto de vista prático, “[...] um evento exclusivamente estatal.” (HESSE, 1991, p. 11). Enumera-se como objetivos da interpretação constitucional, dentre outros, a equidade, o equilíbrio de interesses, a razoabilidade, a segurança jurídica, a previsibilidade, a transparência e a clareza metodológica.

Todos esses itens ressaltados acima, extraídos de uma lista maior de Habermas (2002) dizem muito ao estudo que se pretende desenvolver neste trabalho, vez que todos deverão ser requisitos necessários na composição e estruturação da conclusão final acerca da relativização de direitos fundamentais, ao se dar relevância ao papel interpretativo de técnicos, especialistas, grupos organizados, opinião pública, e etc.

De se ressaltar que os direitos e garantias individuais são normas intangíveis, estando protegidos, pela própria Constituição Federal, do alcance do legislador ordinário como cláusulas pétreas, conforme dispositivo contido no art. 60, §4º, vez que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir, dentre outros, os direitos e garantias individuais (BRASIL, 2014).

Os direitos fundamentais são também conhecidos, tanto na doutrina quanto no direito positivo e na jurisprudência, por diversas outras expressões, tais como: “[...] direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas.” (SARLET, 2012, p. 27). A própria Constituição Brasileira de 1988 utiliza diferentes palavras quando aborda direitos fundamentais: direitos humanos (art. 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inciso IV) (BRASIL, 2014).

Como o objeto do presente trabalho é a colisão de “direitos fundamentais”, é necessário, primeiramente, que se faça um breve recorte acerca da opção terminológica adotada e sua correlação com o termo “direitos humanos”.

Ainda que não haja a pretensão de examinar o significado específico e as diferenças entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que tantas vezes, seja na literatura, na política e nos meios de comunicação, são usados como sinônimos, a distinção básica e suficiente por hora é que o termo “Direitos Humanos” guarda:

[...] relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional. (MIRANDA, 1955, p. 29).

Ao passo que a expressão “direitos fundamentais” indicariam os direitos que são interpretados como de caráter nacional, majoritariamente inspirado nos direitos humanos, intimamente relacionados com as garantias fornecidas pela Constituição aos seus cidadãos, variando conforme as peculiaridades de cada país. Assim, os Direitos Fundamentais “[...] se

aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.” (CANOTILHO, 2003, p. 528).

Entretanto, como bem ressalva Sarlet (2015, n. p.), “[...] não basta saber que se cuida de direitos assegurados pela ordem constitucional do Estado, pois esta circunstância, ainda que essencial, por si só não é suficiente [...]”, pois o conceito de direitos fundamentais no Brasil não se limita à condição de direitos positivados expressamente em determinada constituição.

Um direito fundamental não é, portanto, apenas e exclusivamente o direito originário de uma norma constitucional, visto que os direitos fundamentais, imprescindíveis à condição humana e ao convívio social, podem ser conceituados como um instituto jurídico que “[...] tem como finalidade a proteção da dignidade humana de forma ampla, que diz acerca da condição humana do ser humano [...]” (SARLET, 2009, p. 15), buscando o “[...] resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).” (ARAÚJO, 2013, p. 153).

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos fundamentais são descritos no Título II, bem como também em diversos outros dispositivos nela dispersos, “[...] vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 404-405), onde se mostram presentes requisitos peculiares aos direitos fundamentais, dentre eles: a historicidade, a relatividade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a universalidade, a concorrência e a irrenunciabilidade (indisponibilidade). Na concepção de Sarlet (2012, p. 75):

[...] é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da constituição formal.

Portanto, a relação de direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira não é restritiva, visto que o texto constitucional deve ser o ponto de partida basilar de todo para qualquer aplicador do Direito que tenha por norte a proteção integral do ser humano.

2.1 A fundamentalidade formal e material dos direitos na Constituição Federal de 1988

Como visto, a tendência atual da doutrina constitucional é não restringir a proteção aos direitos humanos fundamentais somente àqueles contidos no texto normativo constitucional de um Estado. Esse pertencimento ao texto da Constituição caracteriza apenas a faceta formal da

norma, isto é, caracteriza aquelas normas previstas no texto da Constituição que foram produzidas e aprovadas em um processo extraordinário por meio de maioria qualificada e, via de regra, por meio de uma Assembleia Constituinte. São normas conceituadas como formalmente constitucionais pelo fato de estarem presentes no texto constitucional.

Já o conceito de materialidade constitucional revela que há conteúdo normativo que, em sua essência, são dignos de estarem em uma Constituição e de gozarem da qualificação de direitos fundamentais constitucionais. Tratam-se daqueles direitos que não foram relacionados pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo direitos fundamentais, ainda que sejam possuidores de conteúdo essencialmente fundamental.

Como visto, são conceitos distintos mas por vezes são caracterizadores de uma mesma norma, faces de uma mesma moeda. É o que ocorre quando uma norma, que por sua essência, devesse estar presente no texto constitucional, está, efetivamente, presente na Constituição, ou seja, é igualmente norma materialmente e formalmente constitucional. Essas são normas que, “[...] além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca.” (CANOTILHO, 2003, p. 406).

Por conseguinte, é possível concluir que há direitos fundamentais contidos no texto da Constituição Federal (normas material e formalmente constitucionais) e há direitos fundamentais fora do texto constitucional (normas apenas materialmente constitucionais), demonstrando, com isso, a tendência à extensão da proteção característica dos direitos fundamentais formais aos direitos fundamentais apenas materiais. Como assevera Canotilho (2003, p. 404), a orientação tendencial é “[...] considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.”.

Da mesma forma descreve a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §2º, ao dispor: “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.” (BRASIL, 2014, p. 12).

Sarlet (2012, p. 75) reforça essa afirmativa dizendo que “[...] é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constante de seu texto”.

É nesse contexto e por essa razão que os tratados sobre direitos humanos na qual o Brasil faça parte já ingressam no ordenamento jurídico com força constitucional mesmo não estando no texto original da Constituição.

2.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A doutrina tradicionalmente concebia os direitos fundamentais como direitos subjetivos perante o Estado e que produziriam efeitos diretos apenas na relação entre o indivíduo e o ente estatal, como pressuposto da subordinação do particular diante da supremacia do Estado. Esta capacidade de produzir efeitos por parte dos direitos fundamentais é conhecida como eficácia vertical, em razão da característica de subordinação. Esta é a eficácia clássica dos direitos fundamentais. Assim, o “[...] Estado era o destinatário exclusivo das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais [...]” (NOVELINO, 2008, p. 203).

A evolução histórica do Estado e das relações sociais fizeram com que as ameaças aos direitos fundamentais tivessem origem não somente no poder estatal, mas também nas relações entre entes privados, tal como se verifica nas colisões de direitos fundamentais entre as liberdades de expressão e informação e os direitos da personalidade.

Estas fontes originárias de ameaça aos direitos fundamentais, formadas por entes diversos do Estado, fizeram com que o âmbito de proteção desses direitos fosse ampliado para incorporar também as relações entre particulares que, abstratamente, se encontravam numa situação de igualdade jurídica. A esse fenômeno jurídico a doutrina denominou “eficácia horizontal”, ou seja, os direitos fundamentais passaram a produzir efeitos perante sujeitos e entidades privadas de mesmo nível hierárquico sem que existisse, na relação, características de subordinação. A isso Canotilho (2003, p. 1287) chamou de “[...] efeito externo dos direitos fundamentais.”

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais propõe a incidência destes direitos nas relações entre particulares também de maneira direta. O que significa, em termos concretos, que “[...] os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas.” (SILVA, 2005, p. 90). Portanto, seriam aplicados “[...] obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas, pois teriam em eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1286-1287), visto que a ameaça aos direitos, por meio da opressão e da violência, vinha não só do Estado, mas de outros particulares que, não raras vezes, são detentores de um poder econômico muito maior do que o poder do próprio Estado.

Entretanto, quando na colisão entre direitos fundamentais entre particulares houver interação com o princípio da autonomia das vontades, a intensidade da aplicação dos direitos fundamentais entre estes entes privados, em razão de suas equivalências em abstrato e por

possuírem características específicas, não será a mesma estabelecida na relação entre o Estado e o indivíduo.

Silva (2005, p. 150) considera que nas relações privadas haverá um “[...] sopesamento entre princípios [...]”, com a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais, eventualmente restringidos, com o princípio da autonomia das vontades em jogo, a fim de alcançar um denominador comum com base no princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Sarmiento (2004, p. 303), em questões envolvendo a aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares “[...] quanto maior for a desigualdade fática entre as partes envolvidas, menor será a tutela a ser dada à autonomia privada.”

2.3 O caráter principiológico dos direitos fundamentais

A definição de norma jurídica e a diferenciação entre as espécies norma-regra e norma-princípio não é assunto de estudo recente, entretanto ganhou muita clareza na discussão contemporânea da teoria do direito, sobretudo com a obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy.

As normas jurídicas são estruturas fundamentais do Direito compostas de dispositivos e valores que vão compor a ordem jurídica e por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Na perspectiva de Barroso (2009, p. 334): “Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos dispositivos. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma.” É, a norma jurídica, uma descrição de uma conduta imposta, admitida ou reconhecida pelo ordenamento jurídico, responsável por regular a conduta do indivíduo. Além disso, a norma jurídica prevê uma condição que ocorrendo, forçosamente, produzirá um efeito jurídico.

A norma jurídica, quando disciplina condutas, caracterizar-se-á, dentre outras coisas, pela bilateralidade e abstratividade. É bilateral posto que vincula sempre uma parte que exige a conduta e outra que presta tal conduta. É abstrata, visto que regula as situações de modo geral e hipotético, não podendo regular os casos concretos sob pena de não prever todas as situações sociais possíveis.

Ordenamento jurídico é a disposição hierárquica das normas jurídicas (regras e princípios), dentro de um sistema normativo, estando a Constituição no papel de preponderância sobre todas as demais leis que à ela devem ser compatíveis material e formalmente. Como explica Waquim (2010, n. p.):

[...] a relação das normas com o ordenamento jurídico é de que só se reconhece a validade da norma se ela estiver integrada no ordenamento, de acordo com a dogmática jurídica. Exige-se que a produção normativa obedeça a requisitos do próprio ordenamento para que se tenha uma norma válida e que assim possa ter vigência e eficácia normativa.

As normas de direitos fundamentais outorgadas na Constituição Federal têm características de princípios, e no caso de colisão de direitos fundamentais serão aplicados os mesmos ensinamentos acerca da colisão de princípios.

Dworkin (2002), na elaboração de sua distinção entre regras e princípios como uma das suas bases teóricas – para fazer um ataque ao positivismo (de Herbert Hart) descrito como um modelo de sistema jurídico constituído exclusivamente por regras –, diz que a “[...] diferença entre regras e princípios é de natureza lógica [...]” (DWORKIN, 2002, p. 39) quanto à orientação e solução que oferecem. As regras seriam normas aplicadas à maneira do tudo ou nada (*all-or-nothing*), isto é, operam na dimensão da validade. Assim, as regras são válidas e devem ser cumpridas em sua integralidade no caso concreto (sem admitir graduação), ou não são válidas, não sendo aplicadas. No caso de conflito entre duas regras, uma delas nunca poderá ser válida e seu conteúdo jurídico não influenciará na decisão.

Aqui será utilizada a denominada “tese forte” da distinção entre princípios e regras, demonstrada por Alexy (2015), onde se sustenta que o gênero norma jurídica pode ser diferenciado em espécies de regras e de princípios. Sustenta também que entre as espécies existe uma diferença no grau de generalidade e uma diferença qualitativa, bem como também que há uma diferença de caráter lógico. A “tese forte” oferece ainda subsídios para a lógica racional da argumentação jurídica, fornecendo razões para a defesa de um determinado ponto de vista nos casos de colisão de direitos fundamentais estruturados como princípios.

Alexy (2015) assevera que além da “tese forte”, ainda seria possível identificar na doutrina outras duas teses inteiramente diversas acerca da distinção entre princípio e regra. Uma primeira tese que traça uma distinção fraca e que, embora aceite que as normas possam ser divididas entre norma-princípio e norma-regra, ressalta que se trata de uma diferenciação apenas no grau de generalidade. E uma segunda tese que rejeita por completo a possibilidade de distinção, pois que seria, diante da diversidade existente (de regras e princípios), *fadada ao fracasso* (ALEXY, 2015).

2.3.1 O caráter das regras

O caráter das regras é ser razões definitivas (mandamentos definitivos aplicados por subsunção). Entretanto, é necessário notar que isso é uma percepção somente à primeira vista pois poderá haver uma cláusula de exceção introduzida especificamente para eliminar um eventual conflito com outra regra.

O ordenamento jurídico não admite a existência de duas regras jurídicas em conflito entre si, sem que se tenha alguma cláusula de exceção. A existência de incompatibilidade entre duas regras gera a revogação de uma delas, por meio dos critérios clássicos de resolução de antinomias jurídicas: o cronológico (*lex posteriori derogat priori*), o hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*), e o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Esse tipo de raciocínio jurídico, entretanto, não é suficiente para solucionar incompatibilidades entre princípios ou direitos fundamentais. Os princípios não têm essa dimensão de validade, e sim uma dimensão de peso ou importância relativa visto que não possuem o enunciado definitivo das regras ao não estabelecer absolutamente as circunstâncias, ou condições, cuja ocorrência tornaria obrigatória uma específica decisão.

Quando dois princípios colidem, em um caso concreto, prevalece aquele com maior importância circunstancial para aquele determinado caso concreto, sem que isso implique na invalidade do outro princípio. Se forem alteradas as circunstâncias concretas, em outros casos, será possível que a prevalência de outro princípio de maior importância circunstancial oriente a decisão em outro sentido. Assim, ambos os princípios continuariam válidos e pertencendo ao ordenamento jurídico, ainda que somente um deles tenha prevalecido especificamente.

Para André Rufino, os princípios não estabelecem as condições que tornam sua aplicação necessária, mas apenas “[...] conduzem a argumentação numa certa direção (RUFINO, 2006, p. 79).

2.3.2 O caráter dos princípios

O caráter “*prima facie*” dos princípios é ser razões mandamentais de otimização que devem ser satisfeitas na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Dessa forma, “[...] um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico.” (ALEXY, 2015, p. 105).

No mesmo sentido, por considerar as regras e os princípios como espécies do gênero normas jurídicas, Alexy (2015, p. 90) defende que a diferença entre regras e princípios é, “[...] mais que meramente gradual, é também qualitativa [...]”, mas que efetivamente o ponto decisivo

na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

O autor diz ainda que as regras contêm determinações que definem exatamente o que se deve fazer, devendo ser aplicadas sempre por subsunção “[...] no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” (ALEXY, 2015, p. 91). Como mandamentos de definição, regras só podem ser cumpridas ou não, e no caso de conflito entre regras a resolução se dá, no âmbito legislativo, por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras de forma a eliminar o conflito, ou, no âmbito judiciário, por meio da declaração de invalidade de uma das regras, que, dessa forma será retirada do sistema jurídico, através dos clássicos critérios de resolução de antinomias jurídicas.

Na visão de Alexy (2015) não é possível que dois juízos concretos de dever-ser, contraditórios entre si e sem qualquer cláusula de exceção, sejam *válidos simultaneamente*. O conceito de validade jurídica não é graduável: ou uma regra é válida, ou é inválida. Bem assim será também sua consequência jurídica. Entretanto, Cardoso (2016, p. 142) alerta “[...] que uma norma pode ser estruturada como uma regra, apesar de ser chamada de princípio. Ex: princípio da anterioridade tributária.”

Os princípios, portanto, são mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam ou permitem que algo seja realizado na maior medida possível, eficientemente, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, visto que, em um determinado caso concreto, a realização de um direito fundamental poderá impactar a realização ou a manutenção de um outro direito fundamental. Sendo assim, princípios são normas que expressam (obrigam ou permitem) “*prima facie*”, isto é, à primeira vista, e cuja consequência jurídica (resultado) definitiva somente poderá ser revelada após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

3 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais individuais que são outorgados na Constituição Federal têm características de princípios, e no caso de colisão de direitos fundamentais serão aplicados os mesmos ensinamentos acerca da colisão de princípios.

Steinmetz (2001, p. 63) diz que os direitos colidem porque não se resolvem com a mera interpretação *in abstracto*, pois são “[...] normas de direito fundamental que se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*”.

Corroborando tal afirmativa, Hesse (1991, p. 22) pressalta que “[...] a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Cardoso defende que a vantagem de se utilizar direitos fundamentais constituídos enquanto princípios é a possibilidade de flexibilização em seu cumprimento, de forma a concedê-lo “[...] sem que se exija o impossível, como se fosse uma reserva do possível” (CARDOSO, 2016, p. 143).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende que tais colisões “[...] surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo, dentre outras razões, pela complexidade e o pluralismo das sociedades modernas [...]” (BARROSO, 2004, p. 5), a qual protegem em suas Constituições valores e interesses diversos.

Na concepção de Steinmetz (2001, p. 64), além da colisão de direitos fundamentais propriamente dita, há outras duas situações onde ocorre a interação envolvendo direitos fundamentais: “[...] a concorrência de direitos fundamentais, a colisão entre direitos fundamentais e o conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional”. A concorrência pressupõe a interação de vários direitos fundamentais de um mesmo sujeito de direitos. Há apenas um titular e não há, neste caso, oposição de pretensões jurídicas. Como reiterado por Canotilho (2003, p. 1268), a concorrência pode se manifestar sob a forma de cruzamento de direitos fundamentais, “[...] quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias [...]” e sob a forma de acumulação de direitos, quando “[...] um determinado bem jurídico leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2003, p. 1269).

Ocorrerá o conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional quando o exercício de um direito fundamental implicar uma contrariedade a um bem jurídico protegido pelo texto constitucional, ou um dano a direitos constitucionais. Essa interação se

materializa “[...] quando interesses individuais contrapõem-se a interesses da comunidade [...]” (FARIAS, 1996, p. 94) também reconhecidos pela Constituição, ainda que não estejam inclusos no capítulo dos direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde pública, o patrimônio cultural, a segurança pública e a defesa da pátria, dentre outros.

Esses interesses da comunidade devem fazer referência a bens jurídicos de valor comunitário efetivamente dignos de proteção pelo texto constitucional e somente a necessidade de protegê-los justifica a limitação da tutela dos direitos fundamentais contrapostos. Assim, como destaca Canotilho (2003), não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens de interesse da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de bens da comunidade.

Por outro lado, o autor entende que estes dois últimos tipos (a concorrência e o conflito) integram o gênero colisão de direitos: A colisão de direitos fundamentais é denominada *colisão autêntica de direitos* e o conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional é denominado de “[...] colisão de direitos em sentido impróprio”. (CANOTILHO, 2003, p. 1270).

Acredita-se haver colisão autêntica de direitos fundamentais “[...] quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. (CANOTILHO, 2003, p. 1270). Ao contrário da concorrência, aqui haverá a interação conflituosa decorrente da pretensão ao exercício de direitos fundamentais por parte de diferentes titulares, sendo que o efetivo exercício de um direito individual afetará outro direito fundamental contraposto.

São exemplos de colisão entre direitos fundamentais a contraposição conflituosa entre o direito à liberdade de expressão e o direito à preservação da honra, e entre a liberdade de informação e o direito à privacidade ou intimidade.

Se dois direitos fundamentais colidem, um deles terá que ceder, sem que seja declarada sua invalidade, enquanto o outro terá prevalência, sem que seja obrigatória a inclusão de nenhuma cláusula de exceção. Não haverá derrocada total de um direito fundamental em vantagem absoluta do outro, mas haverá cessão de eficácia de um ao outro no caso específico e sob determinadas condições. Vê-se que o grau de satisfação dos direitos fundamentais é variável em função das circunstâncias que envolvem o caso. Com a eventual alteração das circunstâncias, é possível que haja variação na intensidade das perdas e dos ganhos, ou mesmo uma alternância na prevalência entre os direitos. Dessa afirmativa decorre, logicamente, a dedução de que princípios válidos, diferentemente das regras, possuem uma dimensão de peso, ou importância, quando relativizados a outros princípios.

É frequente a relativização (oposição) de direitos fundamentais, e quando se torna impossível que ambos sejam satisfeitos simultaneamente ou quando impossível que sejam harmonizados, por contraditórios ou concorrentes entre si, a solução da controvérsia será obtida por meio do sopesamento (ponderação) dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível. Este sopesamento determinará qual direito fundamental terá maior grau de importância, prevalecendo como solução específica no caso, em relação ao outro menos importante. Alexy (2015, p. 96) diz que o que há “[...] é uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.

De forma bastante elucidativa, Barroso (2009) diz que as *características comuns* entre todas as modalidades de colisões de direitos expostas acima são:

- a) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-las;
- b) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia; e
- c) a necessidade de usar ponderação, em substituição à subsunção, para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.

A partir dessa constatação, Barroso (2009) elabora – como será visto no estudo da proporcionalidade em sentido estrito –, a estrutura e etapas de seu raciocínio jurídico aplicáveis aos casos onde a subsunção é insuficiente, atribuindo pesos a cada um dos elementos em disputa a fim de se determinar o grupo de normas que irá preponderar no caso concreto.

3.1 A resolução da colisão entre direitos fundamentais

Ao se utilizar uma “[...] técnica de interpretação jurídica tradicional [...]” (BARROSO, 2004, p. 2), o intérprete, em seguida à análise da questão a ser decidida, busca no ordenamento positivo a norma que apresentará a solução para o caso. O raciocínio será de natureza silogística, onde a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência jurídica da conexão dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito é denominado subsuntivo e é típico quando da utilização da espécie de norma jurídica identificada como norma-regra. A solução da lide já estaria contida no texto da norma.

Dessa forma, a interpretação jurídica tradicional significa descobrir a solução previamente determinada pelo legislador contida no ordenamento jurídico, que traria uma solução para cada questão. Não há variedade de opções ao intérprete, mas apenas a revelação única, pela lógica, da conclusão que está na regra.

Os direitos fundamentais, por terem características de normas-princípio, exigem um critério próprio em sua aplicação e na resolução de suas antinomias (colisões de princípios), distintos dos critérios utilizados para solucionar conflitos entre regras. Como na colisão de direitos fundamentais estarão interagindo ao menos duas premissas maiores, não haveria possibilidade de se utilizar o método da subsunção vez que, na sua lógica unidirecional, somente poderia prevalecer um dos princípios (premissas), descartando-se os demais. Entretanto, Barroso (2009, p. 333) alerta que tal descarte “[...] não seria constitucionalmente adequado em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais”. De maneira figurativa e poética o mesmo autor arremata:

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. (BARROSO, 2009, p. 334).

Na teoria de Alexy (2015), a proposta apresentada para a solução das antinomias das normas-princípio parte de uma relativização dos princípios (direitos fundamentais), efetuando o sopesamento de cada um no caso concreto, determinando qual deles irá prevalecer e qual irá sucumbir ou irá sofrer maiores restrições (ou limitações). Entretanto, essa definição de prevalência, apesar de ter grande carga subjetiva, deverá também se fundamentar em critérios lógicos, técnicos e racionais.

Essa definição de prevalência deverá ser criada por meio de “[...] um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta [...]” (BARROSO, 2009, p. 339), tendo como elementos fundamentais a linguagem, as premissas que funcionam como ponto de partida e conexão lógica na passagem das premissas à conclusão, de forma a proporcionar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Não se trata de uma técnica que sempre conduzirá, “[...] em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”. (ALEXY, 2015, p. 594). Ou, nas palavras de Costa (2009, [p. 12]), “[...] não há um único resultado correto possível, a resposta correta, porque a proporcionalidade é um procedimento aberto. Mas, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado”.

Não cabe aqui o estudo acerca das diversas críticas à técnica da ponderação. Entretanto, aqui cabe breves e importantes reflexões realizadas por Jürgen Habermas, Luiz Alberto Warat e Chaïm Perelman e por Bittar e Almeida (2015), referente à inexistência de critérios racionais para o ponderar e o perigo das sentenças irracionais. Habermas (1994 apud ALEXY, 2009, p. 7) diz:

Porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios. [...].

Entonces, la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.¹

Assim, para Habermas, a ponderação continua com o mesmo grau de subjetividade de sempre e a racionalidade da ponderação não estaria na técnica em si mesma, “[...] mas no grau de convencimento que o intérprete conseguir apresentar em sua argumentação”. (LIMA, 2008, n. p.). A decisão, fundada na ponderação, deverá ser persuasiva. Nas palavras de Warat (1985, p. 123):

A decisão judicial é uma peça persuasiva, que persegue a aprovação da instância superior, da doutrina, da política e da comunidade e a satisfação das exigências valorativas do direito, de suas pautas axiológicas, que só relativamente podem ser alcançadas. A relatividade dos direitos é o que determina e impõe o caráter persuasivo do discurso jurídico.

Essa também parece, de início, ser a base de uma lógica jurídica específica de Perelman (2015) que não se vale somente do raciocínio dedutivo (premissa maior – premissa menor – síntese), que procura não reduzir o raciocínio jurídico, fundamentado e expresso na decisão do juiz, apenas ao raciocínio lógico-formal, ao dizer que “[...] o raciocínio jurídico é um raciocínio engajado em seu contexto, seja político, seja econômico, seja ideológico, seja social, seja cultural”. (PERELMAN, 2015, p. 515).

Entretanto, na concepção de Bittar e Almeida (2015, p. 517), o pensamento de Perelman volta-se mais para a *práxis* do direito e menos para as estruturas formais, “[...] distanciando os olhos do jurista do purismo da lógica formal, que por influência dos estudos positivistas, vieram desembocar na área jurídica”.

De qualquer forma, o juízo de ponderação carrega uma carga enorme de discricionariedade. Nesse caso, a clareza metodológica e a transparência na fundamentação da decisão acerca de qual norma constitucional deverá prevalecer, e com que intensidade, serão decisivas para preservação do princípio da segurança jurídica, nos pilares da certeza, estabilidade e confiabilidade, bem como para que se evite decisões absurdas e juízos arbitrários e irrazoáveis.

¹Por faltarem parâmetros racionais para a ponderação, ela se executa arbitrária e irrefletidamente segundo padrões e hierarquias habituais. [...]. Então, a decisão é, em si mesma, um juízo de valor que reflete, mais ou menos adequadamente, uma forma de ver de ordem valorativa concreta, porém de maneira alguma define que a alternativa escolhida se refere a uma decisão concreta correta ou incorreta (tradução nossa).

A análise sistemática das circunstâncias (C) não deve ser desprestigiada e o intérprete não deve se utilizar da palavra sopesamento, ou da palavra ponderação, ou ainda da palavra proporcionalidade, apenas como recurso retórico e sem fundamentação para justificar de forma banal uma decisão já previamente concebida.

O intérprete, na ponderação de princípios ou valores, não deve se valer apenas do senso comum teórico, caracterizado por Warat (1982, p. 54):

[...] como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam [...], nem deve se valer de conceitos apartados das teorias que os originaram, nem de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias, nem de opiniões meramente costumeiras, e nem de premissas não explicitadas e vinculadas a valores.

Por assim, indevidamente, proceder na técnica da ponderação, o intérprete “[...] submete o discurso judicial a um profundo *deficit* de legitimidade e de racionalidade, abrindo caminho para uma clara usurpação da autoridade legislativa [e favorece a adoção de um] modelo teórico que permite o império do decisionismo subjetivo e do moralismo judicial”. (CRISTÓVAM, 2017, p. 219).

Tais críticas e apoios, brevemente expostos, exigem que se estabeleça parâmetros procedimentais e materiais que deverão ser capazes de garantir o mínimo de racionalidade na utilização da técnica da proporcionalidade, legitimando e justificando as decisões acerca das colisões de direitos fundamentais.

3.1.1 A lei de colisão de Robert Alexy

As colisões de direitos fundamentais, como preceito genérico, devem ser solucionadas por meio da ponderação de direitos apenas em casos concretos, e o ordenamento jurídico deve procurar

[...] oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válido se o próprio ordenamento realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto. (BARROSO, 2009, p. 332).

Nesse sentido, Alexy (2015) propõe uma fórmula, denominada “Lei de Colisão”, para resolução dessa relação de tensão entre direitos fundamentais que, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, possam ser preservados na maior medida possível. Nos termos utilizados pelo autor, esta Lei que reflete “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro [...]” (ALEXY, 2015, p. 99) e constituiria o suporte fático de uma regra que

expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência, bem como demonstraria que entre os direitos fundamentais de um sistema jurídico não existem relações de prevalência incondicionada ou absolutas, mas apenas relações de precedência condicionada.

Ela torna evidente também a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.

Quando estiverem em campos opostos dois direitos fundamentais, pertencentes a dois sujeitos de direito diversos, nenhum deles gozará de precedência absoluta sobre o outro. Ambos estarão abstratamente no mesmo nível hierárquico, sem nenhuma prioridade. Se isoladamente fossem considerados como precedentes levariam a juízos contraditórios e, portanto, incompatíveis.

Assim, ao contrário de um conflito de regras, a solução no caso de colisão de direitos exigirá o uso da técnica do sopesamento, que terá por objetivo definir qual dos direitos fundamentais terá maior peso e o quanto será relativamente mais relevante que o outro. O direito fundamental prevalente, por ser mandado de otimização, deverá ser cumprido na maior medida possível e o direito fundamental que sucumbiu deverá ser restringido na menor medida possível.

Essa proporção entre a prevalência de um direito e a restrição a outro direito, entre a maior medida possível do direito fundamental prevalente de um lado, e a menor medida possível do direito fundamental que sucumbiu do outro, deverá levar em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas circunstanciais ao caso. Serão operacionalizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Estas circunstâncias estabelecerão uma “[...] relação de prevalência condicionada [...]” (ALEXY, 2015, p. 96) entre os princípios colidentes. Sob outras circunstâncias diversas será estabelecida outra relação de prevalência condicionada e a questão poderá ser solucionada de forma contrária.

A relação de precedência condicionada terá fundamental importância na aplicação prática, em casos concretos, da lei de colisão de princípios, que será exemplificada a seguir em detalhes, nos mesmos termos apresentados por Alexy (2015).

Teoricamente, na ocorrência de colisão entre o direito fundamental (DF₁) e o direito fundamental (DF₂), que isoladamente levam a juízos concretos contraditórios entre si, haveria quatro possibilidades de solução para o caso. Duas das possibilidades implicariam em relações de precedência incondicionadas, abstratas, ou ainda, absolutas:

$$DF_1 > DF_2 \quad (1)$$

$$DF_1 < DF_2 \quad (2)$$

As relações acima indicam que, no caso (1), o direito fundamental (DF_1) seria maior (teria maior peso ou mais importância) que o direito fundamental (DF_2) e, sempre, prevaleceria, e no caso (2) indica que o direito fundamental (DF_1) seria menor (teria menor peso ou menos importância) que o direito fundamental (DF_2) e, sempre, sucumbiria diante de DF_2 .

Entretanto, como nenhum direito fundamental goza, em si mesmo, de precedência sobre outro, bem como não pode ser derogado por outro, as relações acima, representadas pelas inequações (1) e (2), serão, com fundamento na doutrina de Alexy (2015) que não admite direitos absolutos, excluídas das possibilidades de solução.

Com a aplicação da “Lei de Colisão” são geradas as outras duas possibilidades para a decisão no caso de uma colisão entre dois direitos fundamentais (DF_1 e DF_2), que levarão em consideração as condições circunstanciais específicas (C) do caso concreto e cuja resolução demandará a utilização da máxima da proporcionalidade, com a utilização em uma de suas etapas da técnica do sopesamento (ponderação, metáfora do peso ou proporcionalidade em sentido estrito).

Com a inclusão da necessidade da análise das circunstâncias específicas (C) do caso, as duas outras possibilidades de solução implicariam relações de precedência condicionadas, concretas, ou ainda, relativas:

$$(DF_1 > DF_2), C_1 \quad (3)$$

$$(DF_1 < DF_2), C_2 \quad (4)$$

As inequações acima indicam que, no caso (3), o direito fundamental (DF_1) seria relativamente maior (teria maior peso ou mais importância) que o direito fundamental (DF_2) se estiverem presentes as circunstâncias específicas C_1 , e neste caso concreto (DF_1) prevaleceria diante de (DF_2).

O caso (4) indica que o direito fundamental (DF_1) seria menor relativamente (teria menor peso ou menos importância) que o direito fundamental (DF_2) se estiverem presentes as circunstâncias específicas C_2 , e neste caso concreto (DF_2) prevaleceria diante de (DF_1).

Assim, direitos fundamentais que estão, abstratamente, no mesmo nível hierárquico são relativizados por meio da máxima da proporcionalidade quando em colisão e torna-se evidente, diante das inequações (1) e (2) acima, que é o fator circunstancial (C_1 ou C_2) que desiguala, ou desnivela, uma relação que, a priori, é de igualdade absoluta.

Como bem ressalta Alexy (2015), os direitos fundamentais não têm “peso quantificável”, mensurável objetivamente por meio de balança e, dessa forma, a análise acerca das circunstâncias específicas do caso concreto, bem como de seu sopesamento, ficaria adstrito à subjetividade (discrecionabilidade) do julgador na aplicação da regra da proporcionalidade.

A técnica do sopesamento consiste na análise minuciosa e criteriosa das circunstâncias específica da ocorrência da colisão de direitos fundamentais que seriam a base da tese que estabelece a prevalência de um direito fundamental sobre o outro. O sopesamento justificará a necessidade de desnivelamento entre os direitos fundamentais e indicará que sob aquelas condições específicas (C_1 ou C_2), de um caso concreto, determinado direito fundamental terá maior importância que outro.

Em outros termos, no sopesamento de direitos fundamentais, as circunstâncias (C) do caso concreto serão o suporte fático de uma prevalência específica de um direito fundamental sobre o outro. As circunstâncias (C) serão os fatores que, se ocorrerem, ocasionarão a incidência de uma regra que estabelecerá, por subsunção, que em caso de colisão entre dois direitos fundamentais (DF_1 e DF_2) sob específicas circunstâncias (C), um deles sempre será prevalente diante do outro.

Por conseguinte, sempre na ocorrência de uma colisão entre dois direitos fundamentais (DF_1 e DF_2) sob as circunstâncias (C), um deles será prevalente diante do outro e, dessa regra, decorrerá a consequência jurídica (CJ) do princípio prevalente. As circunstâncias (C), diante da colisão entre DF_1 e DF_2 , serão o suporte fático de uma regra que estabelecerá a consequência jurídica (CJ), *ceteris paribus*. Simplificadamente, se (C) então (CJ).

Nos exatos termos propostos por Alexy (2015, p. 91-92), estas circunstâncias sob as quais um direito fundamental prevalece diante de outro direito fundamental “[...] constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do direito que tem prevalência”.

3.1.2 Da colisão de princípios nasce uma regra-atribuída

O Grande Colisor de Hádrons ou LHC, como é mundialmente conhecido pelas suas iniciais em inglês, é uma imensa e sofisticada máquina onde partículas fundamentais são aceleradas em sentidos opostos dentro de um túnel até colidirem uma contra a outra. Estas “[...] colisões de alta energia podem criar outras partículas que podem dar aos cientistas informações e respostas sobre o que acreditam ser o ‘mais íntimo da matéria’, ajudando inclusive a entender os instantes iniciais do Universo”. (LAS CASAS, 2010, n. p.).

Quando se “quebra” prótons, jogando-os um contra o outro com velocidades próximas à velocidade da luz, os cientistas acreditam que podem “criar” um “mini universo” (na realidade “ínfimo universo”), semelhante ao universo real cerca de um nanossegundo após o *Big Bang*.

Da mesma forma que no universo da teoria quântica, na colisão de direitos fundamentais do universo jurídico também nasce uma outra partícula. Essa partícula jurídica é, na concepção de Alexy (2015), uma “norma de direito fundamental atribuída”², pois sua fundamentação é atribuída a direitos fundamentais. Sendo assim, essa regra também será uma norma de direito fundamental.

Diz ainda que “[...] ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva [...]” (ALEXY, 2015, p. 102), é também uma norma de direito fundamental com estrutura de regra, isto é, um mandamento definitivo, e como “regra atribuída” será capaz de transformar o direito fundamental prevalente, um mandamento de otimização, em mandamento definitivo, tal qual uma regra originária, sendo capaz de incluir no direito fundamental antagônico uma cláusula de exceção que terá vigência sob aquelas condições específicas.

Assim, direitos fundamentais podem ser, diretamente, razões para decisões concretas e direitos fundamentais também podem ser razões para regras. Do mesmo modo, regras podem ser razões para decisões concretas, isto é, para juízos concretos de dever-ser em casos específicos. E por fim, nos termos propostos por Alexy (2015, p. 107), “[...] regras podem ser também razões para outras regras, e princípios podem também ser razões para decisões concretas”. A conclusão lógica é que uma colisão de princípios pode gerar uma regra atribuída.

Esta regra atribuída demonstra a natureza dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização, direitos “*prima facie*”, sem relação de precedência absoluta e sem declaração de invalidade de uma das duas normas contrapostas. Demonstra ainda que nenhum direito fundamental pode ter a característica de prevalência geral ou absoluta, sendo necessário que se leve em consideração a configuração típica específica de cada caso pela técnica do sopesamento, que se valerá da máxima da proporcionalidade que, por fim, estabelecerá que a justificação do maior grau de não-satisfação ou de limitação de um direito fundamental será o maior grau de importância da satisfação do outro direito fundamental contraposto.

3.1.3 A validade de uma regra-atribuída

Uma questão levantada por Alexy (2015) diz respeito à validade dessa regra atribuída visto que para que uma norma seja considerada válida, de acordo com o ordenamento jurídico,

²Na tradução para o espanhol, Ernesto Garzón Valdés, optou pela expressão “norma adstricta de derecho fundamental”. Na tradução para o inglês, Julian Rivers, optou pela expressão “norma de direito fundamental derivada”.

é necessário que ela seja promulgada por um órgão competente para tanto, esteja de acordo com a forma prevista pela lei, bem como que não seja contrária a uma norma de hierarquia superior. No caso das “regras atribuídas” esse critério jurídico de validade não é possível.

Assim, para o autor, uma regra de direito fundamental atribuída é válida, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional “[...] for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. (ALEXY, 2015, p. 74). Portanto, para definir que uma regra atribuída é uma norma de direito fundamental válida será necessário aceitar a argumentação referida a direitos fundamentais que a sustentou.

3.2 O conceito de proporcionalidade

A definição de um conceito de proporcionalidade, chamada também de sopesamento, de ponderação ou ainda, indevidamente, de razoabilidade, que satisfaça aos aplicadores do direito é tema turbulento e controverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

No presente trabalho não caberá uma análise acerca da terminologia mais correta, tema já bastante frequente na doutrina³, entretanto por coerência metodológica o procedimento para a solução das colisões entre direitos fundamentais será denominado “máxima da proporcionalidade”. Os termos ponderação ou sopesamento serão utilizados como sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito, e serão vistos como sendo a terceira etapa da aplicação da máxima da proporcionalidade proposta por Alexy (2015). Vale antecipar que a primeira etapa é a sub-máxima da adequação e a segunda etapa é a sub-máxima da necessidade.

O próprio termo “proporcionalidade” é equívoco e raras vezes é tratado de forma clara na doutrina. Às vezes é conceituado como “*regra*” (SILVA, 2005), às vezes como “*princípio*” pela grande maioria da doutrina ou às vezes como “*máxima*” (ALEXY, 2015), e às vezes como “*postulado ou dever*” (ÁVILA, 2001). Sendo obscura a sua compreensão teórica, obscura poderá ser sua aplicação prática.

Muitas vezes utilizado e interpretado como sinônimo de “razoabilidade” (BARROSO, 2009) pela doutrina, pela jurisprudência e até mesmo no processo legislativo, como ressalta Silva (2002); por ora basta que se diga aqui que no presente trabalho a proporcionalidade e a razoabilidade (ou irrazoabilidade) se diferenciam tanto estruturalmente como na forma de aplicação.

³ Para estudo sobre o tema é recomendável a obra “O proporcional e o razoável” de Virgílio Afonso da Silva.

A máxima da proporcionalidade é dividida pela maioria da doutrina nas sub-máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Outras vezes se diz que seus elementos constitutivos são apenas dois (adequação e necessidade), outras vezes que são quatro: pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De qualquer forma, por diversas vezes significam apenas a divisão da justificação da interpretação em duas partes, em três partes ou em quatro partes, com caráter meramente retórico, não sistemático e sem metodologia, não impedindo que o intérprete lance mão da mera subjetividade, se utilizando de conteúdos nem um pouco esclarecedores e sem respaldo constitucional.

Em sua análise, Cardoso (2016, p. 139) constata que:

[...] a aplicação de tais postulados passou a servir muitas vezes para justificar meros subjetivismos do intérprete, carecendo de maior rigor científico. Com efeito, não são poucos os julgados que utilizam-se do princípio da proporcionalidade apenas para justificar uma escolha pessoal por parte do julgador, sem a demonstração completa do raciocínio aplicado.

Por outro lado, Lima (2008, n. p.) comenta:

Pegue dois princípios que estejam em colisão em um determinado caso concreto e coloque-os em lados opostos de uma balança. Inclua, no mesmo prato de cada princípio, todos os fatores que pesam em seu favor, tentando dar um peso específico para cada um deles. No final, a ponderação vai pender para o lado da balança que estiver mais embaixo, ou seja, para o lado mais pesado.

Como se vê, o que parece coincidir é o entendimento na doutrina de que é na etapa da ponderação (ou sopesamento de direitos fundamentais) que realmente se define a questão. A ponderação é a etapa determinante.

3.2.1 Os elementos da máxima da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade, para efeitos de estudo e aplicabilidade prática, é desmembrada pela doutrina majoritária em três elementos constitutivos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, e cuja aplicação exige que seja obedecida uma ordem definida em razão da relação de subsidiariedade que há entre eles. Na percepção de Silva (2002, p. 24), “[...] a real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras.”

A relação de subsidiariedade significa que a análise da “necessidade” só será exigível na eventualidade do caso ainda não ter sido descartado apenas com a análise da “adequação”. Por conseguinte, a análise da proporcionalidade em sentido estrito só será exigível se o caso já não tiver sido resolvido com as análises da adequação e da necessidade.

Essa afirmativa (premissa maior) do parágrafo anterior conjugada com a afirmativa (premissa menor) de Alexy (2015, p. 588) de que as sub-máximas da adequação e da necessidade “[...] expressam a exigência de uma concretização da decisão em relação às possibilidades fáticas [...]” e que a sub-máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa a ótima “[...] concretização da decisão em relação às possibilidades jurídicas, representadas pelos princípios colidentes [...]” (ALEXY, 2015), implica na conclusão lógica de que as decisões jurídicas devem decorrer das possibilidades fáticas.

Para sedimentar o conhecimento vale analisar o que diz Alexy ([2003], p. 13):

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fáticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios. [...]. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.⁴

De nada adiantaria uma decisão jurídica, amparada no direito, que não seja materialmente factível e dessa forma Alexy (2015) reitera que as sub-máximas da adequação e da necessidade expressam um mandamento de otimização tão somente em relação às possibilidades fáticas e que a sub-máxima da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido estrito, se refere ao mandamento de otimização relativo às possibilidades jurídicas.

3.2.1.1 Da adequação ou conformidade dos meios (*geeignetheit*)

O conceito de adequação pode sugerir a opção, dentre várias, por um meio apto para alcançar o resultado pretendido. O termo alemão, “*geeignetheit*”, usado por Alexy (apud FARIAS, 1996, p. 27), pode ser também traduzido como conformidade, no sentido de representar um ajustamento disciplinado, uma acomodação do meio utilizado (a decisão) ao fim pretendido (a consecução ou a restrição do direito).

⁴As sub-máximas da adequação e da necessidade expressam um mandamento de otimização relativo às possibilidades fáticas. Nelas a ponderação não tem nenhum papel. Se trata de impedir certas intervenções nos direitos fundamentais que sejam evitáveis, sem prejuízo para outros princípios. [...]. Contudo, a sub-máxima da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido estrito, se refere ao mandamento de otimização relativo às possibilidades jurídicas (tradução nossa).

A análise da adequação da medida, ou da conformidade dos meios, implicará na determinação de uma expectativa de sua eficácia, isto é, na capacidade presumida de que alcançará os resultados esperados. Aqui o que se pretende é determinar quais medidas serão capazes de fazer a coisa certa.

Na sequência do raciocínio da doutrina, após a análise da máxima da adequação, vem a análise subsidiária da necessidade. É de se ressaltar, como já se disse, que as análises da adequação e da necessidade devem considerar como opção de decisão sob o viés das possibilidades fáticas, pois de nada adiantaria se a medida não fosse realizável no mundo dos fatos, isto é, de nada serviria uma decisão, adequada e necessária em teoria, que fosse irrealizável na prática.

Para clarear o parágrafo anterior vale citar a decisão judicial que determinou, diante da colisão entre os princípios da operacionalidade do direito penal e da intimidade, que o *Whatsapp* colocasse à disposição da Justiça o conteúdo das mensagens trocadas entre duas pessoas. É adequada e necessária, do ponto de vista teórico, mas não é materialmente factível, pois tais mensagens não mais existiam no mundo real e nem em bancos de memórias virtuais.

Nos termos expressos por Alexy (apud FARIAS, 1996, p. 8):

El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven.

Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.⁵

Assim, uma decisão será inadequada quando afetar um direito fundamental sem que haja benefícios na realização de um outro direito fundamental contraposto, visto que o princípio da adequação exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem que promova a realização de um outro princípio. Isto demonstra que a sub-máxima da

⁵O princípio da adequação exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem que promova a realização de um outro princípio contraposto. O princípio da adequação também exclui o emprego do meio M se esse meio M, que foi estabelecido para promover a realização de um direito fundamental (DF1), além de não ser adequado para isto, prejudicar a realização de outro direito fundamental (DF2). Então, não realizar M não traria prejuízos nem para DF1 nem para DF2, mas realizar M traria prejuízos para DF2. Os direitos DF₁ e DF₂ podem ser realizados conjuntamente na maior medida, relativamente às possibilidades materiais, se M não for realizado. Em conjunto, os direitos DF₁ e DF₂ proíbem o uso de M. Isto demonstra que a sub-máxima da adequação não é outra coisa senão uma manifestação da ideia ótima de Pareto, que diz que uma situação é ótima se não for possível melhorá-la sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente (tradução nossa).

adequação não é outra coisa senão uma manifestação da ideia ótima de Pareto⁶, que diz que “[...] uma situação é ótima se não for possível melhorá-la sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente [...]” (ECONOMETRIX, 2011, [p. 1]).

3.2.1.2 Da necessidade ou exigibilidade do meio menos gravoso (*erforderlichkeith*)

A análise da sub-máxima da necessidade, quando da aplicação da máxima da proporcionalidade em uma decisão acerca da colisão entre direitos fundamentais, pode ser também entendida como um exame de exigibilidade da decisão, de sua indispensabilidade, ou da análise sobre ser referida decisão a mais apta, de fato, a provocar a menor ingerência ou a menor intervenção no direito ofendido.

Nessa análise se identificará qual, dentre as várias medidas adequadas a alcançar a finalidade pretendida, é a que gera, por efeito direto ou colateral, a menor restrição possível no direito ou valor restringido.

O que se pretende, nesta fase, é determinar qual dentre as medidas consideradas com eficácia, isto é, aptas a alcançar a consequência jurídica do direito fundamental prevalente, será capaz, de fato, de menos restringir o exercício do direito fundamental sucumbente.

Trata-se de uma análise acerca da otimização da decisão, da adoção de um parâmetro de eficiência, no sentido de escolher, dentre as várias opções adequadas, a que oferece mais por menos. Aqui o que se pretende é determinar qual medida será capaz de fazer certo a coisa certa. Alexy (2015, p. 59) sintetiza a conceituação quando afirma que também “[...] a máxima da necessidade é a expressão da ideia de eficiência de Pareto”.

O autor assevera ainda que “[...] as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios (direitos fundamentais) como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas [...]” (ALEXY, 2015, p. 118) assim seriam condições prévias indispensáveis para se alcançar a análise das possibilidades jurídicas. O autor enfatiza ainda que:

Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas

⁶ Vilfredo Pareto: cientista político, sociólogo e economista italiano.

sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. (ALEXY, 2009, p. 8).⁷

Destarte, mesmo que a doutrina não seja unívoca quanto ao significado e aplicação, nos termos propostos por Robert Alexy, das etapas da adequação e da necessidade na análise das colisões de direitos fundamentais, isto, conforme se verá a seguir, em nada prejudicará a terceira etapa do procedimento.

Assim, superadas as análises acerca da adequação e da necessidade da medida, será efetuada a seguir a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.1.3 Da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismäßigkeit*)

O exame de proporcionalidade em sentido estrito “[...] expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes [...]” (ALEXY, 2015, p. 593), e é idêntica à lei do sopesamento, quando diz que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio (intensidade da intervenção), tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro, isto é, “[...] a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto”. (FARIAS, 1996, p. 99).

Dessa forma, superada a análise acerca da possibilidade fática da medida, isto é, após se verificar que, pelos exames da adequação e da necessidade, a decisão é factível, exequível, realizável, possível de ser concretizada no mundo dos fatos, tanto economicamente como tecnicamente, por fim, que a medida possui eficácia e eficiência, se segue a análise de sua possibilidade jurídica, momento em que serão relativizados os direitos fundamentais colidentes por meio do sopesamento de suas importâncias no caso concreto, tendo em vista as consequências jurídicas da medida.

A ponderação não será considerada em sua faceta matemática que possui o significado de inserir índices numéricos diferenciados aos diversos parâmetros, de forma a concretamente desigualar os direitos fundamentais que, abstratamente, estão no mesmo nível hierárquico.

⁷O mesmo vale para a sub-máxima da necessidade, visto que esta requer que se escolha, entre dois meios que realizem igualmente um direito fundamental (DF₁), o que menos intensamente intervenha no direito fundamental contraposto (DF₂). Se existir um meio M que intervenha menos intensamente em um direito e seja igualmente adequado à realização de outro direito, então significa que se pode melhor uma posição sem originar custos à outra. Entretanto, a aplicação da sub-máxima da necessidade supõe que não há um outro direito fundamental (DF₃) afetado negativamente pela utilização desse meio M. Nesta constelação de princípios já não se pode resolver o caso com base nas reflexões apoiadas sobre a ideia de Pareto. Assim, quando não se pode evitar os custos e os sacrifícios, se faz necessária uma ponderação (tradução nossa).

A ponderação será vista aqui como sendo a busca do justo equilíbrio, ou da justa medida, utilizando critérios lógicos, técnicos e racionais, na relativização dos direitos fundamentais que estiverem em posições contrárias, ou quando “[...] a fratura da unidade de valores de uma comunidade obrigar a leitura várias dos conflitos de bens [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1237). Não se busca na ponderação de direitos fundamentais, quando em situação de colisão, o equilíbrio harmônico desses direitos. Harmonizar princípios equivale a uma contemporização “[...] de forma a assegurar a aplicação coexistente dos princípios em conflito.” (CANOTILHO, 2003, p. 1241). Essa característica já é intrínseca a eles. O que se busca com a ponderação é o justo equilíbrio na decisão, de forma que seus argumentos, mais que seus fundamentos, possam justificar que coisas com importâncias iguais abstratamente consideradas passem a ter prioridade relativa quando concretamente consideradas.

Alexy (2015), referindo-se à lei do sopesamento, diz que sua aplicação pode ser dividida em três passos. No primeiro momento será avaliada a intensidade da intervenção (o grau de restrição ou de não-satisfação) que a medida causará sobre direito atingido. Em um segundo momento será avaliado o grau de importância da satisfação de outro direito oposto. E no terceiro momento, por fim, será ponderado se as justificativas acerca da importância de se satisfazer um direito são maiores que as justificativas para a satisfação (ou não-restrição) do direito atingido. Nesses termos, uma medida não seria proporcional se as justificativas, os argumentos, que fundamentaram a sua adoção na prevalência de um direito não tivessem peso suficiente para impor a restrição ao direito sucumbente.

Ainda que o sopesamento entre direitos fundamentais não exija comparações em termos matemáticos ou de pesos quantitativamente mensuráveis objetivamente, o procedimento é racional, podendo ser “[...] fundamentados os enunciados e a preferência de um direito sobre o outro num caso concreto de colisão de direitos fundamentais”. (FARIAS, 1996, p. 99).

A conjugação do conceito do sopesamento com a estrutura da máxima da proporcionalidade (em sentido amplo), possibilita concluir que:

Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se ao exame das possibilidades fáticas de realização de determinado princípio, enquanto o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se ao exame das possibilidades jurídicas da concretização do mesmo princípio. (CARDOSO, 2016, p. 150).

Para que seja considerada desproporcional basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito atingido. Nesse momento, os direitos fundamentais em choque, abstratamente equivalentes, serão

equacionados (ou inequacionados) mediante um juízo de ponderação de todos as condições circunstanciais adstritas ao caso.

O que se pretende aqui é avaliar o tamanho da desproporção de um direito fundamental em relação ao outro, de forma a justificar que os meios utilizados (ou a medida/decisão proferida) são a “[...] solução justa de conflitos entre princípios [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1241) para consecução do fim pretendido.

Diferencia-se do exame de necessidade, no sentido de que enquanto neste se busca a otimização com relação às possibilidades fáticas, “[...] no exame da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se a otimização de possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2015, p. 118).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, assevera que “[...] quando há uma colisão de direitos fundamentais a técnica jurídica mais utilizada para construir-se argumentativamente uma solução é a ponderação”. (BRASIL, 2016a, p. 157).

A técnica da ponderação, “[...] aplicável aos casos difíceis onde a subsunção é insuficiente [...]” (BARROSO, 2004, p. 5), deverá ser utilizada para estruturar o raciocínio jurídico nos seguintes termos:

- a) a primeira etapa é para verificar no ordenamento jurídico as normas relevantes para a solução do caso;
- b) a segunda etapa é para examinar, conjuntamente, os fatos, as circunstâncias do caso concreto e interação com os elementos normativos; e
- c) a terceira etapa é para apurar os pesos que serão atribuídos a cada dos elementos em disputa.

Isto é, essa é a fase decisória onde se consignará pesos para cada diferente grupo de normas, para cada possível repercussão da decisão, para cada elemento circunstancial à disputa. Ao se consignar tais pesos se determinará o grupo de normas que irá preponderar no caso concreto.

Por fim, ainda será necessário decidir, caso seja possível a graduação da solução escolhida, a intensidade na aplicação desse grupo de normas do direito fundamental prevalente em relação ao direito sucumbente.

4 LIBERDADES DE EXPRESSÃO

Nas sociedades democráticas contemporâneas, “[...] abertas, complexas e plurais [...]” (BRASIL, 2016a, p. 141), onde múltiplos interesses e bens jurídicos devem ser acomodados, alguns grupos de direitos fundamentais constitucionais, mais que outros, frequentemente entram em rota de colisão. Tratam-se, de um lado, do direito de liberdade de expressão, comunicação e informação, e de outro lado, dos direitos da personalidade configurados nas garantias da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa.

Com base nesse pressuposto e para bem delimitar o objeto de estudo do presente trabalho é que se fará, a partir desse ponto, um recorte nos dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, de forma a restringir o estudo apenas aos grupos acima citados. Pelo mesmo motivo acima referido, foram excluídas do estudo também as normas infraconstitucionais derivadas das normas constitucionais de direitos fundamentais. E, da mesma forma e por motivo de delimitação do campo de investigação, a pesquisa acerca das decisões judiciais será restrita aos processos que tiveram tramitação perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Supremo Tribunal Federal (STF), e um caso perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), todos posteriores ao ano 2000.

Portanto, antes da verificação do caso real de colisão de direitos fundamentais julgado no Supremo Tribunal Federal, a ser efetuada no Capítulo 7, torna-se imperativo desenvolver algum nível de detalhamento acerca do conteúdo e do alcance desses direitos fundamentais constitucionais e de suas delimitações doutrinárias para, ao final do trabalho, melhor compreender o posicionamento e a análise que jurisprudência faz nos casos de colisão desses direitos.

Dessa forma, no estudo de caso do Capítulo 7, também será possível visualizar a aplicação, ou não, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), da máxima da proporcionalidade, nos termos propostos na Lei de Colisão de Robert Alexy.

Não se fará aqui uma digressão histórica acerca da origem e da evolução desses direitos fundamentais em privilégio da análise de suas relações e interações no lapso temporal compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o momento presente. Apenas se fará o registro, dito em uníssono pela doutrina, de que o surgimento dos direitos fundamentais se deu na luta do indivíduo contra o abuso de poder absoluto e ilimitado praticado pelo Estado. Assim, a “[...] livre manifestação dos pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor [...]” (EL-JAICK, 2013, p. 109), bem como a livre difusão de fatos e notícias

que hoje as democracias modernas ostentam, são devedoras históricas do sangue, suor e lágrimas derramados pelas gerações passadas na gênese dessas conquistas.

A liberdade de expressão “[...] tanto em sua perspectiva individual, como na coletiva, serve de fundamento para o exercício de outros direitos fundamentais e para a própria democracia enquanto regime que requer a formação de uma opinião pública livre [...].” (STROPPA; ROTHENBURG, 2015, n. p.).

Antes porém de se tratar especificamente dos dispositivos da Constituição Federal Brasileira acerca do tema, vale dizer que a liberdade de expressão também é assegurada em inúmeros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre eles, por exemplo:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2014, n. p.):

Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992a, n. p.):

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992b, n. p.):

Artigo 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Acerca dessas liberdades, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...]

LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) **para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante**, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; [...]. (BRASIL, 2014, p. 3-12, grifo nosso).

A Carta Magna preconiza ainda no art. 220 que:

Art. 220. **A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição**, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 2014. p.153, grifo nosso).

Como se vê, o âmbito normativo da liberdade de expressão refere-se ao amplo exercício, por parte todos os brasileiros e estrangeiros que estiverem em território brasileiro, de todas as possibilidades de transmissão do conteúdo intelectual, da criação artística, da produção e pesquisa científica, bem como da utilização de todas as formas (palavras, imagens, vídeos) e veículos ou meios de comunicação do conhecimento disponíveis (televisão, rádio, internet, revista, jornal, etc.).

Trata-se da liberdade de compartilhamento do complexo cultural, onde se inclui o conhecimento, as ideias, as convicções, as críticas, os juízos de valor sobre verdade, justiça, beleza, questões políticas e econômicas, sobre a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes e todos os hábitos e aptidões adquiridos pelo ser humano, “[...] quaisquer que sejam suas finalidades [...]” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 572).

A amplitude do conceito, envolvendo áreas tão variadas do conhecimento humano, é tão significativa que o judiciário, vez ou outra, se vê obrigado a admitir a participação do *amicus curiae* no debate, com aporte de pareceres e manifestações de especialistas, fornecendo subsídios instrutórios à solução de causa quando revestida de especial complexidade ou relevância, principalmente na análise das características específicas da liberdade de expressão artística e da liberdade de expressão científica, como nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca das células-tronco (BRASIL, 2010) e das biografias não autorizadas (BRASIL, 2016a).

No dizer de Marques (2010, n. p.), “[...] expressar-se livremente é, antes de tudo, uma exigência da sociedade democrática, da qual exige-se o pluralismo, a tolerância e a mentalidade ampla”.

Por sua vez, Ribeiro (2017) comenta que o eixo da liberdade de expressão é a ideia de diálogo, de debate aberto, recusando a ideia de que haja uma verdade única. E complementa:

Evidentemente, como não temos certeza do que é melhor ou mesmo do que é certo, deve-se sim admitir o discurso tolo, errado, o “falar merda” que mencionei. Mas admitir isso significa apenas reconhecer que nenhum de nós é dono da verdade. Não significa amparar como liberdade de expressão a incitação ao crime ou a pregação do ódio. [...], crimes de ódio, assim entendidos os que visam um grupo pelo que ele é (e não pelo que algum membro seu fez) – podem ser negros, judeus, homossexuais, mas é crime o discurso ou a ação contra eles. (RIBEIRO, 2017, n. p.).

A liberdade de expressão pressupõe a existência de inter-relações sociais e interações do indivíduo com seus semelhantes, de modo a “[...] participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”. (SILVA, 2014, p. 243). A liberdade de expressão se caracteriza como a livre exteriorização do pensamento na sua forma mais abrangente. Assim, o que intimamente era imaginação, cogitação, pura consciência, pura crença, agora é produto decorrente da liberdade de expressão. O que, intimamente, era um irrelevante jurídico, na passagem para o mundo dos fatos ganha a proteção da ordem constitucional com vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, bem como com a garantia da dispensa de licença prévia para sua divulgação.

Dessa forma, causa espanto a tramitação no Congresso Nacional de projeto de lei (PL n. 8615/2017) que tem por finalidade proibir que a programação de TV, cinema, DVD, jogos eletrônicos e de interpretação – RPG, exposições ou apresentações ao vivo abertas ao público profanem símbolos sagrados (BRASIL, 2017a). O referido projeto de lei, que hasteia a bandeira da defesa dos princípios da moral e dos bons costumes, tem foco mesmo na censura e desconsidera que faz parte da liberdade de expressão a crítica às instituições religiosas, que embora sagradas e especiais para as pessoas que professam a fé, muitas vezes estão envolvidas e atos opressivos que não devem ficar ocultos do debate público.

É de se destacar também que o Projeto de Lei n. 8615/2017 surge em reação ao alvoroço público causado pela Exposição Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira, promovida em setembro de 2017 pelo Banco Santander na cidade de Porto Alegre/RS, que provocou interpretações personalíssimas das obras de arte expostas, transformadas em escândalo público não em razão dos que elas eram, mas em razão do que algumas pessoas diziam que elas representavam. Assim, diante desse sensível clamor público, parlamentares de bandeiras religiosas diversas, que não enxergaram a diferença entre a natureza e caráter artísticos das obras expostas e a apologia à pedofilia ou à zoofilia, que não entenderam a arte como promotora da reflexão e do pensamento crítico, buscaram cercear a livre expressão da criação artística.

A solução para se confrontar à liberdade da expressão que seja considerada contrária à moral, aos bons costumes e à religiosidade pessoal de cada um, afora os casos já regulados no Código Penal e na própria Constituição Federal, é mais liberdade de expressão. Assim, o embate será no sentido de se contrapor expressões diversas, sejam elas materializadas em obras ou apenas em discursos.

Dessa forma se admitirá inclusive que se expresse por meio de opiniões ou discursos exagerados, estúpidos ou mesmo falando bobagens por absoluto desconhecimento do conteúdo e do contexto da metafórica linguagem artística. A decisão acerca da adequação, da necessidade ou da relevância e permanência da obra, da exposição e do discurso será individualizada e cada um responderá subjetivamente por seus atos e ideias.

Entretanto, é importante que se diga que o fato de lei ordinária regulamentar as diversões e os espetáculos públicos, condicionando-os a limites, classificando-os de acordo com suas naturezas, de acordo com as faixas etárias e determinando os locais e horários de suas realizações por critérios adequados, não pode ser qualificado como censura prévia. E assim é porquê o Estado tem a obrigação de zelar pela ordenação do espaço público, pela preservação da “[...] dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade”. (BULOS, 2012, p. 135).

Admite-se, portanto, dado a não existência de direitos absolutos, restrições e responsabilizações, desde que condicionadas pela própria norma constitucional. Dessa forma, a mesma ordem jurídica que de um lado disponibiliza a liberdade de expressão como direito fundamental, de outro lado assegura que de seu exercício abusivo, desproporcional e irrazoável poderá decorrer sanções ao infrator.

A Constituição Federal também prevê, nos termos do art. 139, inciso III, que trata acerca do estado de sítio, que em situações de exceção poderão ser tomadas, contra as pessoas, medidas de restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão (BRASIL, 2014).

De outra forma, a liberdade de expressão, na sua faceta negativa, também pode se caracterizar pelo silêncio, “[...] pelo não falar, pelo não se pronunciar [...]” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 572) e não ser coagido a partilhar, defender ou contra-atacar opiniões quaisquer que sejam.

Existe, assim, uma inclinação argumentativa em favor do direito de expressão (posição preferencial), ou seja, “[...] existindo dúvida a respeito da legitimidade constitucional da restrição, é de se privilegiar a liberdade de expressão”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 470-471). Em outras palavras, a posição preferencial da liberdade de expressão significa que, na ponderação entre os direitos envolvidos, esta recebe de início um peso maior, exigindo-se que a pessoa prejudicada por uma mensagem “[...] prove o dolo ou culpa grave para conseguir êxito em uma ação ajuizada contra o meio de comunicação [...]” (CHEQUER, 2010, n. p.), ou seja, o ônus argumentativo para a restrição fica a cargo daquele que alega a violação.

Sobre a liberdade de expressão, Chequer (2010, n. p.) diz que “[...] esse direito ora se apresenta como um meio para a descoberta da verdade, ora como um meio para a efetivação do processo democrático ou até mesmo para a garantia do desenvolvimento da sociedade ou da estabilidade governamental”.

Assim, em decorrência de possuir âmbito de proteção tão extenso, mas não ilimitado ou absoluto, bem como em razão de se mostrar como “[...] norma aberta e móvel quando de sua realização ou concretização na vida social [...]” (STEINMETZ, 2001, p. 63), o direito à liberdade de expressão entrará, inevitavelmente, em choque com outras garantias e valores personalíssimos, tais como, por exemplo, as inviolabilidades elencadas no inciso X do mesmo art. 5º da Constituição Brasileira (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas).

Outra menção à posição preferencial conferida à liberdade de expressão foi feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao votar pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4815 para declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias constante nos art. 20 e 21 do Código Civil. O Ministro, ao destacar a tensão entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade (privacidade, imagem e honra), do outro –, afirmou que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial, “[...] uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais”. (BRASIL, 2016a, n. p.).

Nesta ocasião, o Ministro Barroso afirmou que a interpretação dos dispositivos dos art. 20 e 21 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabeleciam uma norma abstrata e permanente de primazia dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão relativamente à publicação de biografias (BRASIL, 2016a). Tal norma, caracterizada como regra, descaracterizaria o sistema constitucional ao hierarquizar direitos fundamentais, ao configurar evidente censura prévia e que, portanto, deveria ser declarado inconstitucional.

4.1 Liberdade de informação

A liberdade de informação refere-se ao direito de comunicar e receber informações sobre fatos ou imagens noticiáveis. A liberdade de informação, menos ampla que a liberdade de expressão, encontra seu limite na prova da verdade e da relevância.

Entretanto, como ressalta Marques (2010, n. p.) ao dizer acerca dos embates e das críticas, não exclusivamente baseadas em fatos, efetivadas na seara política que “[...] pode resultar impossível demonstrar a veracidade das declarações, tendo em vista que os juízos de valor não admitem prova”. Essa restrição será de grande importância na análise das colisões de direitos fundamentais que serão vistas ao final desse trabalho.

Para ilustrar e complementar o estudo sobre esse tema em específico, observe-se como a liberdade de expressão e informação está descrita no art. 37º da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, [2005], n. p.):

Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

O artigo acima regula genericamente as liberdades de expressão e informação e que nele estariam reconhecidos dois conjuntos de direitos, distintos e concorrentes, quais sejam: “[...] o direito de expressão do pensamento e o direito de informação”. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 572).

Ainda que se trate de Constituição diversa da brasileira e doutrinador lusitano, a universalidade e lucidez de suas lições permite, e até mesmo exige, sua utilização na compreensão acerca da transformação, em norma jurídica, dos dispositivos do ordenamento constitucional brasileiro que dizem acerca dessas liberdades.

Na análise do dispositivo contido na parte final do item 1 do art. 37 da Constituição Portuguesa, Canotilho e Moreira (2007) ensinam que, na completude de seu objeto normativo, o direito de informação é integrado pelos direitos “de informar”, “de se informar”, e “de ser informado”.

O “direito de informar” significa a liberdade que um sujeito emissor tem de transmitir informações a outro sujeito receptor. Diz respeito a uma faculdade de transmitir mensagens. A segunda vertente, o “direito de se informar”, significa a faculdade que tem o indivíduo de buscar informações. Diz respeito à liberdade de procurar fontes de informação e ao direito de não ser impedido indevidamente na sua busca. Por terceiro e por último, o “direito de ser informado” significa a faculdade de “[...] ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação e pelos poderes públicos [...]” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 573), sobre tudo aquilo que for de interesse público.

O direito de informar, primeira vertente da interpretação proposta por Canotilho e Moreira (2007), é o conceito mais próximo da literalidade do art. 5º, inciso IX, c/c o art. 220 e parágrafos, ambos esse o recorte específico do “direito de informar” que interessará ao estudo do presente trabalho.

Vale o registro que as demais vertentes referidas nos direitos “de se informar” e “de ser informado”, que não serão objeto de estudo específico no presente trabalho, encontram-se albergadas nos demais dispositivos constitucionais transcritos no início deste capítulo.

4.2 Liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa é pressuposto essencial do Estado Democrático de Direito. É forma de materialização do direito fundamental à informação que ganhou, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, proteção nunca antes alcançada visto que nenhuma lei poderá

conter dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, bem como deverá vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A profissão de jornalista implica, quase sempre, em escrever ou falar com veemência. Os critérios para definir os limites do que pode ser considerado analítico, investigativo ou opinativo, e aquilo que é meramente ofensivo aos direitos da personalidade tem enorme carga de subjetividade e juízes diferentes poderão ter interpretações diferentes acerca do mesmo caso. Entretanto, se forem observados pelo intérprete parâmetros mínimos de objetividade, a decisão acerca de uma eventual ofensa a direito fundamental poderá se circunscrever dentro de uma moldura de razoabilidade.

Canotilho e Moreira (2007, p. 581) asseveram que “[...] a liberdade de imprensa, ou liberdade de comunicação social, como um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e informação [...]”, equivalendo, dessa forma, na materialização dessas liberdades por meio dos veículos de comunicação, sejam impressos, sonoros, visuais ou mesmo virtuais.

A liberdade de imprensa está expressamente prevista no art. 220, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2014, p. 153):

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º **Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social**, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Como descrito acima, nenhuma lei ou dispositivo poderá impedir, de qualquer forma, a plena liberdade da informação jornalística, bem como está expresso que também é vedada toda forma censura seja de natureza política, ideológica ou artística, desde que sejam observadas as disposições do art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, da CF/88 (BRASIL, 2014).

À exceção do inciso XIII⁸, que não guarda conexão com o presente estudo, os demais incisos do parágrafo 1º, do art. 220, serão vistos no Capítulo 5 desse trabalho referente aos direitos da personalidade.

A liberdade de imprensa, nascida da reivindicação de profissionais do jornalismo, não deve ser confundida com a liberdade de expressão já que ambas têm naturezas distintas. A liberdade de imprensa tem sua pauta baseada na área jornalística. Já a liberdade de expressão é referida como a possibilidade de qualquer cidadão se manifestar.

⁸Art. 5º, inc. XIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 2014, p. 3-12).

Assim, a liberdade de imprensa é para veículos de comunicação e é “[...] equivalente ao que a liberdade de expressão significa a uma artista.” (MEIRELES, 2017, n. p.). É um direito acessório das empresas jornalísticas e só se justifica se utilizado para o cumprimento da missão constitucional de preservação e fortalecimento da democracia. Liberdade de imprensa não é só noticiário, “[...] é muito mais: é doutrinação, é crítica, é apologia, é combate, é vigilância, é palavra de ordem, é brado de angústia, é explosão de alegria, é expressão de arte, é pensamento e é ação.” (OLIVEIRA, 1972, p. 98).

Como manifestação essencial das sociedades democráticas pluralistas, a liberdade de imprensa é uma das seguranças indispensáveis contra a ignorância, a corrupção e a tirania, e em prol da igualdade e aperfeiçoamento da cidadania e das instituições, ainda que haja o risco de subversão de seus ideais e possibilidade de produção de efeitos nocivos contra a sociedade em geral e contra os indivíduos em particular, quando, pautada na ansiedade e na superficialidade, invade e afeta a intimidade e a vida privada das pessoas causando danos irreversíveis.

A liberdade de imprensa deverá sempre ser fundamentada pela informação verdadeira, de real interesse público e pela opinião crítica, obedecendo o devido “[...] respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.” (BRASIL, 2014, p. 154). Além disso, as notícias precisam ter conexão, ou seja, pertinência temática e relevância para explicitar algum assunto de interesse público. O bom jornalismo compreende que “a liberdade de imprensa não concede ao jornalista um passaporte de imunidade [...]” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 277) para investir contra os direitos fundamentais da personalidade das pessoas.

Dessa forma, a liberdade de imprensa, sendo usufruída com ética e boa-fé, será sinônimo do bom direito e diminuirá significativamente as demandas judiciais acerca de eventuais abusos.

4.3 O discurso de ódio

Discurso de ódio é “[...] a liberdade de expressão voltada para a incitação à discriminação racial ou contra um determinado grupo religioso, étnico, social ou cultural.” (MEYER-PFLUG, 2011, n. p.). Nesses termos foi definido pela autora um dos temas mais polêmicos relativamente ao estudo acerca dos limites da liberdade de expressão.

Nas palavras Silva *et al.* (2011, p. 447), o discurso de ódio “[...] é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio

autor.” Os autores ressaltam ainda que a “[...] existência do discurso de ódio, assim como toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto).” (SILVA *et al.*, 2011, p. 447).

Trata-se de uma manifestação da liberdade de expressão, já saída do mundo das ideias, quando o seu conteúdo se formar de apologia ao ódio ou preconceito, num contexto que estimule a violência e que desqualifique um determinado grupo como detentor de direitos fundamentais. O ódio, enquanto permanece na mente, não causa dano algum, é um irrelevante jurídico. Somente quando se transforma de mera cogitação abstrata, de pensamento, para o discurso concreto é que exigirá a intervenção jurídica.

O entendimento de Silva (2009, p. 3199) é que manifestações que pretendam “[...] silenciar ou cercear a liberdade de grupos humanos, raças e etnias, estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão e da liberdade artística [...]” em razão de seu efeito silenciador que tende a diminuir o sentimento de dignidade das pessoas ao impedi-las de participar das atividades sociais.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o discurso de ódio não deve ser tolerado, bem como que não está incluído dentro dos limites de proteção da liberdade de expressão, nos seguintes termos: “O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 188). Assim, nos termos do Acórdão prolatado nos autos do *Habeas Corpus* nº. 82.424/RS:

As liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, da que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os direitos contra a honra. (BRASIL, 2003, n. p.).

A ARTIGO 19⁹, com base em discussões sobre liberdade de expressão e igualdade, envolvendo um grupo de oficiais de alto nível da Organização das Nações Unidas (ONU) e de outras organizações e especialistas em direito internacional dos direitos humanos e da sociedade civil, relacionou os denominados Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade (ARTIGO 19, 2009).

⁹A ARTIGO 19 é uma organização não-governamental de direitos humanos fundada em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Organiza campanhas, prepara oficinas, publica relatórios, participa de articulações políticas, realiza litígios estratégicos, acompanha processos legislativos, entre várias outras ações, sempre no sentido de pressionar o poder público a garantir o direito das pessoas de se expressarem livremente e de terem acesso a informações pública.

Dentre outros princípios, a organização não governamental propõe que “[...] todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio) [...]” (ARTIGO 19, 2009, p. 10) e complementa dizendo que os termos “ódio” e “hostilidade” se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.

Como se vê, veda-se, em escala mundial, o discurso o ódio. Assim, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), durante o III Encontro de Internacionalização, realizado no ano de 2015, em Madrid, na Espanha, enumerou, com base no trabalho produzido pela ARTIGO 19, uma série de critérios para identificar o discurso de ódio e cortá-lo pela raiz. São eles:

- i. Severidade: a ofensa deve ser ‘a mais severa e profunda forma de opróbrio’;
- ii. Intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio;
- iii. Conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados;
- iv. Extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou à um número de indivíduos em um espaço público;
- v. Probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação;
- vi. Iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; e
- vii. Contexto: a ofensa deve ser considerada dentro de um contexto do discurso, e não de forma isolada. (ALMEIDA JUNIOR, 2015, p. 20).

Portanto, para que fique caracterizado um discurso como sendo de ódio, sem que caiba dúvidas quanto a necessidade de sua censura, devem ser levados em consideração a severidade, a intenção, o conteúdo, a forma e extensão do discurso, a probabilidade de ocorrência de dano e o contexto em que manifestado, sob risco de se restringir a liberdade de manifestação de pensamento apenas por terem como conteúdo “[...] opiniões contrárias ao imaginário popular, desfavoráveis à cânones históricos, sobretudo aqueles que visitam versões históricas.” (ALMEIDA JUNIOR, 2015, p. 21).

Como bem ressaltam Stroppa e Rothenburg (2015, n. p.), “[...] as expressões de ódio não contribuem para o debate e precisam ser reprimidas, mas que isso não pode acarretar a supressão de discursos moralmente reprováveis ou dissonantes porque tal comportamento comprometeria o cerne da liberdade de expressão”.

4.4 Liberdade de expressão e o momento da intervenção judicial

O debate acerca do momento em que deva ocorrer a intervenção judicial em caso de colisão de direitos não é novo. Alguns autores defendem que deva ser prévio, de forma a evitar mal irremediável, mas correndo o risco de ser caracterizada como censura prévia. Outros defendem que deva ser ulterior, de forma a descaracterizar a censura prévia, mas correndo o risco da ineficácia.

Bulos (2012, p. 134), com horror à censura prévia, considerada “[...] expediente maléfico e execrável [...]”, defende que o mais importante que impedir a expressão é o disciplinamento das decisões judiciais acerca das responsabilizações e aplicação das sanções, desde que proporcionais e razoáveis, e “[...] que constituam providências necessárias numa sociedade democrática [...]” ([CONSELHO DA EUROPA], 2002, p. 12), posteriores à manifestação da liberdade de expressão e de informação, caso essa seja abusiva e exigir reparação criminal, civil ou administrativa, em razão de ofensa a outro direito fundamental.

Silva (2009), no mesmo sentido, diz que no art. 5º, inciso V¹⁰ da Constituição Federal é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, e que, portanto, esta ação judicial seria a resposta para eventuais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, “[...] mostrando, claramente, uma opção do constituinte pela reparação posterior do dano, em detrimento da censura prévia de qualquer forma de manifestação do pensamento.” (SILVA, 2009, n. p.).

Ainda nessa linha de pensamento, Barroso (2004) diz que o excesso na utilização das liberdades de expressão e de informação pode ser repreendido posteriormente por diversos mecanismos, dentre os quais se incluem a “[...] retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação [...]” (BARROSO, 2004, p. 27-28), cuja possibilidade de interdição da divulgação somente deverá ser utilizada em hipóteses extremas. E ainda assim será “[...] imprescindível averiguar se a intervenção é proporcional, contemplando os adereços da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (NOBRE JUNIOR, 2009, p. 7).

Dentre outros autores que pensam de forma diversa quanto ao momento da intervenção da intervenção, cita-se Mendes (1994, p. 297), que diante dos termos peremptórios do art. 5,

¹⁰ Art. 5º, inc. V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. (BRASIL, 2014, p. 3-12).

inciso X¹¹, fez a seguinte observação: “[...] parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido [...]”, do contrário outros direitos e valores constitucionais, igualmente relevantes, quedariam esvaziado. E ainda que somente nos casos de impossibilidade de se obstar a materialização do ato lesivo aos direitos da personalidade é que se deveria recorrer à parte final do referido inciso X para assegurar o direito à indenização pelos danos material e moral.

A esse respeito, tem-se o seguinte exemplo: se um sujeito se depara com a iminência da divulgação de fato que ofenda indevidamente algum de seus direitos da personalidade, privacidade, intimidade, honra ou imagem, “[...] não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 280). E arremata com uma lógica translúcida de que se a fundamentação do pedido de indenização demonstrar que era premente a existência de perigo de dano, e evidente a probabilidade do direito, demonstrará também que o fato não teria mesmo a proteção do direito para permitir que fosse divulgada.

¹¹ Art. 5º, inc. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2014, p. 3-12).

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, assim como as liberdades de expressão, são assegurados em inúmeros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre eles, por exemplo:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2014, n. p.):

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992a, n. p.):

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

E o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992b, n. p.):

Artigo 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Os direitos da personalidade, subjetivos e intrínsecos à pessoa humana desde o seu nascimento, compõem um conjunto de limites externos à liberdade de informação e estão positivados na Constituição Federal no momento em que esta declara, nos termos do art. 5º, inciso X, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]. (BRASIL, 2014, p. 3).

Como se vê, o âmbito de proteção neste específico inciso X é referente a quatro inviolabilidades das pessoas: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. De forma didática este quarteto será estudado individualmente, mas, evidentemente, são integrantes

indissociáveis da proteção maior que é a garantia da dignidade da pessoa humana, “[...] em seus componentes físicos, psíquicos e morais.” (BITTAR, 1989, p. 17).

Desde logo, é importante que se diga que a intimidade foi considerada no dispositivo constitucional um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem. Silva (2014, p. 208) alerta para o fato da imprecisão terminológica, e diz ser preferível “[...] usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.

Da mesma forma, Bulos (2012, p. 137) diz que “[...] mesmo o constituinte tendo apartado uma expressão da outra, não há como dissociar o direito à intimidade do direito à privacidade”.

Entretanto, como a fragmentação do conceito da “privacidade” ou “vida privada” terá significativa influência na definição da intensidade e da extensão de proteção da norma, a depender do “status social” do sujeito a ser protegido, no prosseguimento desse estudo se utilizará, em alguns momentos, o entendimento clarificado por Andrade (1996, p. 105):

Tradicionalmente, na jurisprudência alemã, a proteção da vida privada era analisada na perspectiva de três graus ou esferas distintas: intimidade, privacidade e publicidade.

A publicidade é a área de atuação pública de cada pessoa, exposta ao interesse público em geral, e que, conseqüentemente, apresenta livre atuação pelos meios de comunicação em geral.

A privacidade é uma esfera intermediária, cuja proteção é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa; assim, quanto mais pública a pessoa, menor o grau de proteção.

A intimidade é o último e inviolável reduto da liberdade pessoal, que não pode ser devassada por mais pública que seja a pessoa.

Esses graus de proteção da vida privada serviram de referência para a doutrina e para a jurisprudência alemã estabelecerem os limites da liberdade de imprensa, embora recentemente esses conceitos tenham sido revisitados.

Como se percebe, a garantia da inviolabilidade é ampla e “[...] abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.” (SILVA, 2014, p. 208).

Vale aqui ressaltar, mas não aprofundar, uma característica moderna que tem afetado de forma significativa os direitos da personalidade. É que o advento das novas tecnologias digitais, de captação, de guarda e de divulgação de fotos, vídeos e informações diversas no

*ciberespaço*¹², colocou para o mundo jurídico problemas até então desconhecidos, tais como a invasão da privacidade e da intimidade pela forma virtual, a criação de *avatars*¹³, *fake news*¹⁴ e a universalização dos ataques à direitos fundamentais por meio de uma rede mundial impessoal.

5.1 Direito à intimidade

A intimidade, para aqueles que a consideram diversa da privacidade, se caracteriza como “[...] a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais [...]” (SILVA, 2014, p. 209), e o poder de excluir do conhecimento de qualquer outra pessoa, inclusive aquelas que compartilham sua vida privada, assuntos que digam respeito apenas a si próprio “[...] como seus desejos, seus segredos e mesmo seus relacionamentos afetivo-sexuais.” (DANTAS, 2014, p. 325).

A que se ressaltar que na configuração específica da ofensa contra a privacidade ou a intimidade não importa se os fatos revelados ou devassados são verdadeiros ou falsos, importa que tenham invadido indevidamente uma esfera protegida do indivíduo.

Por outro lado, “[...] os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia plena, mas podem ser objeto de autolimitações, desde que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 284).

5.2 Direito à vida privada (privacidade)

Vida privada ou privacidade será caracterizada, numa acepção ampla, como “[...] o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito [submetido].” (SILVA, 2014, p. 208). A privacidade delimita manifestações de caráter particular da pessoa às quais não se quer, ou não se pretende, dar publicidade. Trata-se de relações afetivas, particulares, familiares às quais não se quer divulgar,

¹²Ciberespaço é o espaço virtual para a comunicação que surge da interconexão das redes de dispositivos digitais interligados no planeta, e compreende um ambiente de divulgação de informação, de entretenimento e cultura, no qual os indivíduos podem expressar suas singularidades.

¹³Avatar é um cibercorpo inteiramente digital, uma figura gráfica de complexidade variada que empresta sua vida simulada para o transporte identificatório de cibernautas para dentro dos mundos paralelos do ciberespaço.

¹⁴Fake news consiste na distribuição deliberada de desinformação ou boatos nas mídias sociais, por meio de notícias falsas escritas e publicadas com a intenção de enganar, a fim de obter ganhos financeiros ou políticos, muitas vezes com manchetes sensacionalistas, exageradas ou evidentemente falsas para chamar a atenção.

ou ainda, que se quer privar do conhecimento público. É o direito de reservar para si, como sigilo, os seus próprios interesses pessoais.

Ainda a esse respeito, Fernandes (2011, p. 314) afirma que:

O direito à privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental. Além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade.

A privacidade refere-se a uma proteção inversamente proporcional ao status social da pessoa, definido pela posição social do indivíduo na estrutura da sociedade, de tal modo que quanto maior ascensão social, maior será o “status social”, a posição, o prestígio e a influência do indivíduo. É comum a associação do status social ao indivíduo apenas pelo aspecto positivo nas suas dimensões econômica, política, cultural, intelectual, dentre outras, que exaltam o caráter e o poder da pessoa. Entretanto, o status social também pode estar relacionado aspectos negativos, com pessoas diversas e em ambientes específicos, inclusive assassinos e traficantes.

De qualquer forma, quanto mais pública for a pessoa, menor será o grau de proteção oferecido pelo direito fundamental à privacidade. A extensão e a intensidade da proteção à vida privada dependem, em parte, do modo de viver do indivíduo, reduzindo-se, mas não se anulando, quando se trata de celebridade.

5.2.1 Limites ao direito à privacidade

Como já visto em passagens anteriores, a complexidade das relações sociais modernas e as constantes interações entre pessoas com interesses diversos impede que se atribua valor absoluto aos direitos fundamentais individuais. E não será diferente com o direito à privacidade, pois é possível e até mesmo provável que interesses públicos, protegidos também por normas constitucionais, relativizem o direito ao recolhimento do indivíduo.

Como alerta Gilmar Mendes (apud FERNANDES, 2011, p. 283), “[...] o interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ser deixado só.” Portanto, de acordo com análise e ponderação das condições circunstanciais do caso concreto, a desconsideração do direito à privacidade, configurada pela divulgação ao público de fatos privados referentes a um determinado sujeito, poderá ser caracterizada como admissível.

Assim, na análise das circunstâncias do caso concreto deverá ser levado em consideração, dentre outros fatores, o modo como o fato, que *a priori* seria privativo do sujeito,

se tornou público. Em outras palavras, deve ser verificado como ocorreu a transferência da informação do privado ao público. Tal análise é imperativa visto que há casos em que “[...] um aspecto da intimidade de alguém é livremente exposto pelo titular do direito e há outros casos em que a notícia foi obtida e propalada contra a vontade do seu protagonista.” (FERNANDES, 2011, p. 283). Assim, a tutela oferecida pelo direito à privacidade depende, em parte, do comportamento e do modo de viver do sujeito, em tese, ofendido.

Outro fator que, na ponderação de um caso concreto, pode relativizar o conceito de privacidade, reduzindo-o sem invalidá-lo, é quando o sujeito for uma pessoa pública ou, ainda que seja anônima, esteja em local público se sujeitando a ser filmado ou fotografado como parte de um corpo social coletivo. Neste caso não poderia se opor a aparecer na cena, desde que sem destaque e desde que tais cenas sejam de relevância pública e não sejam utilizadas para fins comerciais.

Assim, na ponderação entre o interesse público e a privacidade do indivíduo, o caráter de pessoa pública ou pessoa envolvida em assunto de relevância pública, poderá definir que o indivíduo envolvido detenha menor proteção ao direito à privacidade que o outro indivíduo com a pretensão à liberdade de expressão.

Além de tudo que já foi dito exige-se que a divulgação não seja destinada meramente a atender à curiosidade do público. Deve se constituir em elemento útil de informação a orientar o indivíduo, bem como deve ser evidente o maior interesse público que o desgaste material e emocional do retratado. Por óbvio que notícias sobre hábitos sexuais ou dietas exóticas de uma celebridade não fazem parte deste rol matérias de interesse público, prevalecendo, nesses casos, o resguardo da intimidade. Fatos desvinculados do caráter social da pessoa pública não podem ser considerados de interesse público.

5.2.2 Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento, intimamente relacionado ao parâmetro da ponderação denominado “atualidade do fato”, é o direito reivindicado por determinada pessoa no sentido de não permitir a divulgação de um fato do qual fez parte integrante, mesmo que verídico, ocorrido em passado distante. O direito ao esquecimento encontra proteção nos mesmos incisos que tratam dos demais direitos da personalidade e, quando invocado, certamente o será por estar em choque com a liberdade de expressão, em sentido amplo.

Nesse contexto, Mendes e Gonet Branco (2014, p. 286) asseveram que:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Assim, por meio do referido direito, deverá ser analisado se existe real interesse público atual em trazer à memória aquela informação, bem como se existe interesse em relembrar o indivíduo conexo com a notícia. Se a resposta for positiva não caberá se falar em direito ao esquecimento. É o caso dos crimes verdadeiramente históricos, assim considerados em cada caso concreto, quando for impossível narrar o fato desvinculado do autor do fato.

De outro lado, não havendo interesse público atual, o indivíduo poderá exercer sua pretensão de ser esquecido, invocando seu direito em relação aos fatos do passado.

Ainda que não seja de debate recente na doutrina jurídica, o direito ao esquecimento, vez ou outra, ressurge no debate público. No campo jurídico está fixado por meio do Enunciado n. 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Trata-se de uma orientação que diz: “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013, p. 1).

A justificativa para o referido Enunciado é que não se atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas se está assegurando a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

De idêntico sentido, o Enunciado n.º. 576, do mesmo Conselho, diz que “[...] o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2015, p. 17). Desta feita teve como indutor o entendimento do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4815, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Com isso, nos termos da justificativa do Enunciado n.º. 576, o STF negou o direito ao esquecimento quando em confronto com a liberdade de publicar biografias, mas não eliminou a possibilidade de seu reconhecimento em outros casos concretos.

Ainda que tais enunciados não tenham força de norma obrigatória, são uma importante fonte do direito para pesquisa e para fundamentação de teses argumentativas dos operadores do direito.

De outro lado, resta claro que os excessos no uso da liberdade de expressão deverão continuar a ser repreendidos por meio dos instrumentos jurídicos adequados: direito de resposta, de indenização por danos morais ou pela responsabilização criminal por delito contra a honra, conforme seja o caso.

O direito ao esquecimento é tema de fundamental importância na atualidade visto que, com o advento das novas tecnologias da informação, os fatos e as imagens estão se eternizando na “nuvem da *internet*” e se tornando onipresentes. Com poucos comandos em um aparelho eletrônico é possível reavivar fatos do passado. Também com o advento das diversas operadoras de televisão a cabo, foram criados canais específicos para retransmissão de eventos, notícias e casos históricos que em outra realidade tecnológica seriam relegados, se muito, aos livros de escolares.

O debate principiológico acerca do direito ao esquecimento veio à público, de fato, em razão de ex-condenados que, após terem cumprido a pena e terem alcançado os objetivos da execução penal, se viram novamente expostos ao público por crimes do passado. Tal exposição lhes nega condições para uma harmônica integração na sociedade.

Atualmente esse debate, já mais amplo, envolve também outros aspectos da vida da pessoa, inclusive de pessoa pública, ou mesmo celebridade, que não cometeu crime algum, e que por razões diversas deseja o esquecimento em um fato específico ou mesmo a volta ao completo anonimato, como o emblemático exemplo da ex-atriz Ana Paula Arósio que, mesmo tendo feito sucesso na televisão há alguns anos, escolheu voltar ao anonimato.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou algumas vezes acerca do assunto e, por um lado, assegurou que as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa. Assim os atos criminosos que praticaram no passado não podem também permanecer eternamente na memória da sociedade por obra de veículos de informação.

Nos termos do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, tem-se que:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança

– que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. (BRASIL, 2012, n. p.).

Por outro lado, nos limites do mesmo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Rogério Schietti Cruz manifestou-se no sentido de que não incide o direito ao esquecimento “[...] quando a extinção da pena não se distancia em demasia da data do novo delito praticado [...]” (BRASIL, 2016b, n. p.), ainda que já tenha ultrapassado o lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, necessários para que as condenações penais anteriores não prevaleçam para fins de reincidência.

Em outro caso, envolvendo a apresentadora Xuxa Meneghel, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011) deu provimento a um recurso especial, ponderando entre o direito à informação e outros direitos envolvidos, reconhecendo a primazia do direito à informação, em especial na internet.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal deverá, em breve, dar um entendimento definitivo sobre o assunto, visto que tramita na Corte Superior o Recurso Extraordinário (RE) n. 1010606/2016, cujo relator, Ministro Dias Tóffoli, convocou e realizou no mês de junho de 2017 uma audiência pública com advogados, especialistas e pesquisadores para debater o “direito ao esquecimento”, tema que envolve a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade, tendo por objetivo recolher subsídios para orientar e pacificar sua aplicação em processos judiciais em todo o Brasil, pois será levado a plenário e terá repercussão geral (BRASIL, 2017b).

5.3 Direito à honra

A honra consiste no conjunto de atributos morais, intelectuais e físicos de uma pessoa e nos termos descritos por De Cupis (2008, p. 121), “[...] significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, como a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como também o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.

Dessa definição se extrai que o direito à honra abrange um aspecto externo, como honra objetiva refletida na consideração dos outros, e um aspecto interno, como honra subjetiva expressa no sentimento da própria pessoa e, tal qual os demais direitos da personalidade, também recebe proteção constitucional de caráter horizontal, perante os particulares, e de caráter vertical, diante do Estado.

No entendimento de Farias (1996, p. 109), a definição de honra indica que seu “[...] fundamento radica no princípio da dignidade da pessoa humana [...]”, sendo característica essencial a toda e qualquer pessoa, independentemente da origem, raça, sexo, cor, idade, classe social ou de qualquer outra característica discriminatória, bem como independentemente de crença religiosa, convicção filosófica ou política.

A honra, bom nome ou boa fama, constitui requisito básico para a conquista e desenvolvimento das relações sociais. Assim, as ofensas contra a honra são delitos que prejudicam a moral, sendo, inclusive, prescritos no Código Penal como crimes: calúnia (imputação falsa de um fato criminoso a alguém / art. 138 do CP), difamação (imputação de ato ofensivo à reputação de alguém / art. 139 do CP) e injúria (qualquer ofensa à dignidade de alguém / art. 140 do CP).

A que se registrar que na calúnia, por atingir a honra objetiva, admite-se, como regra, o *exceptio veritatis*, o que significa que se a expressão (imputação de um fato criminoso) for verdadeira não haverá crime contra a honra e por conseguinte não haverá ofensa ao direito da personalidade.

Na difamação a exceção da verdade será admitida, excepcionalmente, na hipótese da vítima ser funcionário público e o fato imputado ter relação com o exercício da função. Nesse caso, se provada a veracidade da imputação não haverá crime contra a honra e por consequência não haverá ofensa ao direito da personalidade. Se a vítima não for funcionário público a verdade será um irrelevante jurídico e restará sempre caracterizada a difamação.

Na injúria, por ofender a honra subjetiva, a exceção da verdade está vedada em qualquer hipótese. Assim, sendo verdade ou mentira, havendo expressão de qualidade negativa a alguém que seja ofensiva à sua dignidade, estará caracterizada a ofensa ao direito da personalidade.

O detalhamento acima, de matéria penal, será relevante quando da análise da jurisprudência referente à colisão entre liberdade de imprensa e direitos à honra, visto que o ministro Celso de Mello, estabeleceu que “[...] o Código Penal é substituto para delitos previstos pela Lei de Imprensa [...]” (BRASIL, 2009a, n. p.) que serviu de fundamentação legal para condenação de um jornalista por publicar artigo difamatório contra um Senador da República.

5.4 Direito à imagem

Muito além da palavra e da retórica, o mundo vê cada vez mais. Seja por meio de fotos ou de vídeos, a imagem adquiriu um poder hipnótico e uma velocidade de transmissão sem

precedentes. Produzi-las e divulga-las, sem antes interpretá-las e compreendê-las, torna-se, por vezes e não raramente, causa de litígios judiciais, merecendo o tratamento do direito e da justiça. As violações ao direito à imagem passaram a ser coibidas e os abusos nas divulgações repreendidos e indenizados.

O direito à imagem, como um dos direitos fundamentais integrantes dos direitos da personalidade. Apenas a partir da Constituição Federal de 1988, conquistou um conceito doutrinário e jurisprudencial nitidamente mais ampliativo acerca de suas delimitações. Por essa razão se entende o fato de se encontrar ainda, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, definições restritivas quanto ao seu objeto de proteção, como por exemplo o entendimento de Farias (1996, p. 119) ao dizer que “[...] para a ordem jurídica, a ideia de imagem [...] restringe-se à reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer.” Ou ainda, a expressão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, César Asfor Rocha, em sede de Recurso Especial, que diz que “[...] a imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, e o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.” (BRASIL, 1998, n. p.).

Entretanto, Miranda (1955), no seu tempo e com visão prospectiva, já incluía a voz como um algo a mais na composição do direito de imagem, além de somente aspectos físicos e visíveis, quando dizia que é direito à imagem “[...] quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente.” (MIRANDA, 1955, p. 53).

Como representante da visão moderna da doutrina, Silva Neto (2006, p. 573) diz que “[...] embora estejamos acostumados a admiti-la como sinônimo de expressão fisionômica da pessoa, a Constituição de 1988 promoveu a tutela de duas espécies de imagem que são absolutamente inconfundíveis: a imagem-retrato e a imagem-atributo.”

Nesse mesmo sentido, Araújo e Nunes Junior (2013) esclarecem essas duas variações dizendo que a imagem-retrato deve ser entendida como o direito relativo ao aspecto gráfico da figura humana, ou de partes identificáveis do corpo, seja por meio de retrato, desenho, fotografia, filmagem ou qualquer outra técnica, e a imagem-atributo entendida como o conjunto de características próprias e peculiares cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social.

A imagem tem duas colorações: “[...] a de retrato físico da pessoa e a de retrato social do indivíduo, ou seja, a forma na qual o indivíduo esculpiu sua imagem perante a sociedade.” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 101). Quanto à imagem física, a proteção constitucional é extensiva a qualquer parte do corpo humano como pés, nariz, boca, nádegas ou mesmo os

olhos, desde que possam, indubitavelmente, ser referidas a um indivíduo em particular no meio da coletividade.

Da definição dos parágrafos anteriores, por um caminho silogístico, é possível concluir que a ofensa ao direito à imagem-retrato pode estar conexa, ou não, com a ofensa ao direito à intimidade, privacidade ou honra. Já a violação ao direito à imagem-atributo, pelo seu aspecto objetivo, conceituada como a projeção do indivíduo ou pessoa no seio social e assemelhada à honra objetiva, deverá, obrigatoriamente, estar ligada a pelo menos um dos direitos da personalidade.

Assim, um sujeito, sob o pretexto da proteção constitucional da liberdade de expressão, ao divulgar a imagem de outrem, sem autorização e sem que esteja configurada nenhuma das limitações ao direito à imagem, poderá violar simultaneamente o direito à imagem-retrato, caracterizada pelo aspecto físico, e o direito à imagem-atributo do retratado, caracterizada pela ofensa à reputação ou à honra objetiva.

Se a imagem for ofensiva à reputação do retratado, isto é, ofensiva ao direito à imagem-atributo, poderá ser caracterizada como uma imagem difamatória ou mesmo como uma imagem caluniosa e exigirá indenização por dano moral.

Porém, se a imagem divulgada sem autorização não provocar nenhuma alteração na projeção do indivíduo no seio social, isto é, se não ofender o direito à imagem-atributo (reputação, honra objetiva), ainda assim poderá haver reparação por violação ao direito à imagem-retrato e a consequente indenização por dano material ou patrimonial.

Na concepção de De Cupis (2008, p. 140), “[...] a necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem, deriva de uma exigência individualista, segundo à qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições.” Ainda mais nos dias atuais em que no Brasil, estima-se, o comércio de produtos com a imagem de celebridades, revestida pela atribuição econômica que lhe é conferida, movimente mais de 1 bilhão de reais por ano.

Antes da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade não tratavam da imagem como um direito autônomo. A imagem era vista como objeto por meio do qual ocorria a ofensa aos demais direitos da personalidade, como a honra, a intimidade ou a privacidade. Nesse contexto, hoje não mais utilizado, fazia sentido que o art. 20 do Código Civil afirmasse que toda pessoa teria direito a proibir o uso e exposição de sua imagem se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade. Essa concepção, chamada teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra, demonstrava a tendência em “[...] considerar merecedora de

proteção não exatamente o direito à própria imagem, mas sim tal direito como faceta ou fruto do direito à honra.” (FRANCIULLI NETO, 2004, p. 22).

Atualmente, de forma diversa do que sugeria o referido dispositivo do Código Civil, a proteção do direito à imagem independe da lesão a qualquer outro direito fundamental, apesar de que em alguns casos haverá inevitável conexão com outros direitos da personalidade. A divulgação de imagem, sem autorização, ainda que de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado, “[...] não afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade.” (SCHREIBER, 2013, p. 105).

Resta configurado que o direito à imagem é um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou não autorizado. Diz-se assim que a ofensa do direito à imagem é dano que se apresenta *in re ipsa*, pois decorre do próprio fato e que não depende de prova do prejuízo ou algum abalo psicológico por parte da vítima. O dano é presumido. Conforme expressamente determinado na Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça, “[...] independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” (BRASIL, 2009b, n. p.).

Ainda que hoje seja entendido que poderá haver ofensa ao direito à imagem sem sejam atingidas as esferas da privacidade, da intimidade e da honra, é inegável que ele, historicamente, como enfatizado por Farias (1996, p. 121), era “[...] considerado como uma simples manifestação do direito à intimidade [...]”, bem como que o direito à honra foi “[...] considerado como um berço para o direito à imagem.” (FARIAS, 1996, p. 121).

Entretanto, ainda que desfrute de caráter personalíssimo, nascendo junto com o indivíduo e estendendo seus efeitos *post mortem*, como os demais direitos da personalidade, o direito à imagem não é absoluto. Assim, em algumas hipóteses o uso da imagem, mesmo que não autorizado, não constituirá irregularidade, como por exemplo nos casos em que o indivíduo tacitamente concorde com a exploração de sua imagem, ou nos casos em que a pessoa, famosa ou não, esteja envolvida em situações de interesse público e sua imagem seja veiculada, dentro do contexto, sem sua devida autorização. Neste caso deve ser observado que a divulgação da imagem estará limitada aos acontecimentos conexos.

Também não constituirá nenhum ilícito a captação e divulgação de imagens em local ou evento públicos, desde que, por óbvio, a pessoa retratada seja caracterizada como mais um na multidão ou na coletividade. Existe ainda a possibilidade de divulgar a imagem sem

consentimento do sujeito nos casos de segurança pública, sem que configure colisão entre o direito de informar dos veículos de mídia e o direito à imagem do retratado.

Entretanto, “[...] fotografar ou filmar pessoas detidas ou suspeitas de perpetrarem infrações à lei, sem o consentimento das mesmas, além de constituir violação do direito à imagem daquelas pessoas, expõe ainda à execração pública cidadãos [...] presumivelmente inocentes.” (FARIAS, 1996, p. 125). No caso, se houver participação de autoridade pública poderá ser configurado também abuso de autoridade ao “[...] submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.” (BRASIL, 1965, [p. 1]).

Cabe a ressalva de que esse consentimento tácito somente poderá ser admitido quando o uso da imagem se prestar à finalidade informativa de relevância pública. O uso indiscriminado e o aproveitamento puramente econômico da imagem não estarão protegidos pela liberdade de expressão.

6 PARÂMETROS CONDICIONANTES PARA A PONDERAÇÃO

Quando do estudo da Lei de Colisão de Alexy (2015), no Capítulo 3.1.1 ficou esclarecido que as circunstâncias (C) presentes no caso concreto de uma colisão de direitos seriam determinantes para estabelecer a prevalência de um específico direito fundamental sobre outro direito fundamental contraposto. Também ficou entendido que a colisão de dois direitos fundamentais, ante a presença das circunstâncias (C), daria origem a uma “regra atribuída”, também denominada pela doutrina de “regra derivada”, cuja fundamentação seria vinculada a direitos fundamentais. E, por fim, foi visto que as circunstâncias (C) do caso concreto seriam o suporte fático de uma prevalência específica de um direito fundamental sobre o outro.

Estas circunstâncias (C) seriam fatores, ou parâmetros condicionantes, que determinariam, *ceteris paribus*, a incidência da “regra atribuída”, por subsunção, nos casos de uma colisão futura entre dois direitos fundamentais sob circunstâncias (C) idênticas, onde um deles sempre seria prevalente diante do outro. Em outras palavras, estes parâmetros condicionantes, referem-se aos pressupostos fáticos da “Lei de Colisão” proposta por Alexy (2015) e são compostas por todas as informações que circunscrevem o caso concreto. A partir da determinação e análise dessas circunstâncias condicionantes é que serão elaboradas as relações de preferência específicas em cada colisão e que ao final comporão a base material dos juízos de ponderação.

Pois bem, com a assimilação dessas ideias sugeridas por Alexy (2015), e também estudadas, delineadas e propostas por Schreiber (2013), Barroso (2004) ou Steinmetz (2001), o presente trabalho seguirá para análise de algumas circunstâncias possíveis de estarem presentes na hipótese de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade e que, se utilizadas criteriosamente, darão maior segurança, uniformidade e fundamentação às decisões proferidas, garantindo respostas semelhantes para casos semelhantes, ou, pelo menos assegurando que as decisões judiciais não sejam contraditórias entre si e não descambem para a irrazoabilidade.

Assim, a utilização metodológica desses parâmetros fará com que as decisões estejam, em grande parte, fundamentadas por critérios previamente reconhecidos pelos operadores do direito.

Especificamente quanto à colisão entre a liberdade de expressão e o direito à imagem, Schreiber (2013, p. 114) diz que:

[...] podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens:

- (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem;
 - (ii) o grau de atualidade da imagem;
 - (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e
 - (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida.
- Para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, cumpre verificar:
- (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída;
 - (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada;
 - (iii) a amplitude da exposição do retratado; e
 - (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Não se trata de uma lista exaustiva e nem de uma utópica pretensão em arbitrar as colisões de direitos fundamentais de forma rígida e abstrata, vez que é impossível prever todas as peculiaridades das relações humanas e, certamente, outros parâmetros serão necessários em um ou outro caso específico. Entretanto, é possível a definição de um conjunto de parâmetros mínimos destinados a traçar um caminho satisfatoriamente pavimentado para trânsito do intérprete, de forma a não deixá-lo na solidão da discricionariedade e sujeito à tentação da arbitrariedade e dos caminhos transversos de areia e atoleiros.

Também o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na análise do “Caso Von Hannover versus Alemanha”, enumerou alguns critérios a serem ponderados de forma a avaliar a existência ou não de violação da privacidade no caso de publicação de fotografias de personalidades públicas, quais sejam (EUROPA, 2005):

- a) se a informação contribui para um debate de interesse geral;
- b) qual é a notoriedade da pessoa em causa;
- c) qual o comportamento anterior da pessoa em causa;
- d) qual o conteúdo, a forma e as consequências da publicação; e
- e) em que circunstâncias as fotos foram tiradas. Esses critérios serão analisados nos tópicos seguinte.

Sobre o tema, vale aqui transcrever a ressalva de Barroso (2004, p. 28) de que:

[...] uma lei que pretenda arbitrar uma colisão de direitos fundamentais de forma rígida e abstrata enfrentará dois óbices principais e interligados - a unidade da Constituição e a ausência de hierarquia entre os direitos -, que levam à mesma consequência: a ausência de fundamento de validade para a preferência atribuída a um direito em detrimento de outro em caráter geral e permanente.

Assim, a partir desse ponto serão analisados os parâmetros utilizados pelo TEDH e outros sugeridos por Barroso (2004), que poderão ser utilizados concorrentemente com as indicações de Schreiber (2013) e que se configuram nos fatores circunstanciais (C) da Lei de

Colisão de Alexy (2015), para aplicação concreta na ponderação de direitos fundamentais envolvendo liberdades de expressão e direitos da personalidade.

6.1 A veracidade do fato

Conforme visto no Capítulo 4 deste trabalho, a liberdade de expressão, em sentido amplo, pressupõe é a ideia de diálogo, de debate aberto, de recusa da ideia de que haja apenas uma verdade. Assim, seriam admissíveis em seu leque de proteção inclusive o discurso tolo, as teorias científicas improváveis, a criatividade das manifestações artísticas e culturais, que não têm a verdade como requisito essencial, nem estão absolutamente vinculadas à moral e aos bons costumes, “[...] tendo em conta que as artes têm um caráter vanguardista e, muitas vezes, uma função de subversão da ordem e dos costumes.” (SILVA, 2009, n. p.).

Dessa forma, será necessário ao intérprete separar a liberdade de expressão científica e também a liberdade de expressão artística, da manifestação do pensamento em geral quando da análise da importância da veracidade do fato.

A liberdade de informação, menos ampla que a liberdade de expressão, encontra seu limite na prova da verdade. A tutela constitucional é ofertada à informação verdadeira. Não haverá proteção constitucional quando houver “[...] divulgação deliberada de uma notícia falsa em detrimento do direito da personalidade de outrem.” (BARROSO, 2004, p. 25).

Em outras palavras, para que ocorra a responsabilização do emissor, Barroso (2004, p. 25) comenta que “[...] é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.” De forma que um “[...] jornalista não merecerá censura se buscou noticiar, diligentemente, os fatos por ele diretamente percebidos ou a ele narrados, com a aparência de verdadeiro, dadas as circunstâncias.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 275).

A publicação de qualquer fato, em texto, foto ou vídeo, que seja prejudicial ao indivíduo poderá gerar direito de indenização por danos sofridos, “[...] mas a prova da verdade pode constituir fator excludente de responsabilidade, a ser ponderada com pretensões de privacidade e intimidade.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 275). Por sua vez, Barroso (2004) ressalva que se trata de uma verdade subjetiva, subordinada a uma ampla fidedignidade sob o ponto de vista de quem a divulga.

Entretanto, somente a verdade da notícia não será suficiente para tornar legítima a liberdade de informação, vez que nos casos de invasão da privacidade ou nos casos em que se

invoca o direito ao esquecimento, a verdade dos fatos poderá ser irrelevante e não será levada em consideração na ponderação de direitos.

6.2 A licitude do meio empregado na obtenção da informação

Por esse parâmetro deverá ser analisada a licitude da forma de obtenção da informação ou da imagem, isto é, a aquisição do conhecimento do fato deverá ter ocorrido por meios admitidos pelo direito. Dessa forma, é vedada a divulgação de qualquer fato ou fato que tenha sido obtido por meio da perpetração de um crime.

Também deverá ser considerada a possibilidade da personalidade do sujeito ter sido, de forma tácita, exposta pelo próprio titular do direito, diversamente dos casos de ter sido obtida e propalada em evidente ilegalidade e contrariamente aos interesses do sujeito titular do direito.

Assim, na análise das circunstâncias do caso concreto deverá ser levado em consideração o modo como o fato, que a princípio, seria privativo do sujeito, se tornou público. Em outras palavras, deve ser verificado com que nível de legalidade ocorreu a transferência da informação do privado ao público. Tal análise é imperativa visto que há casos em que “[...] um aspecto da intimidade de alguém é livremente exposto pelo titular do direito e outros casos em que a notícia foi obtida e propalada contra a vontade do seu protagonista.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 283).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já decidiu, como na análise do “Caso Carolinne Von Hannover c. Alemanha II” (CONSEJO DE EUROPA, 2013, p. 36), que não poderá ser desconsiderado o contexto e as circunstâncias em que as imagens foram captadas. A este respeito será importante saber se a pessoa afetada deu o seu consentimento para que fossem tomadas e publicadas as fotografias ou se foram obtidas sem o seu consentimento ou com a ajuda de manobras fraudulentas.

6.3 A personalidade pública

Dentre as diversas condições que devem ser ponderadas antes de se concluir, no caso específico, qual dentre dois direitos fundamentais irá prevalecer está também o parâmetro da personalidade pública. Aqui cabem breves considerações acerca da terminologia referente ao conceito de pessoa pública, como a destacada por Silva Junior (2002, p. 89):

Entende-se por pessoa pública aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada; esse conceito engloba também os que exercem cargos políticos

ou cuja atuação dependa do reconhecimento das pessoas ou a elas seja voltado, mesmo para lazer ou entretenimento, independente do lucro ou caráter eminentemente social. Dentre as pessoas públicas, tem-se as celebridades, políticos, *socialites*, esportistas, artistas, modelos e demais pessoas notórias.

Entretanto, todas as pessoas possuem direito à vida privada, inclusive as personalidades públicas. Da característica peculiar dessa categoria de pessoas, de estarem expostas à vida pública, não decorrerá na possibilidade de seus direitos da personalidade poderem ser restringidos em absoluto por quem quer que seja, exceto diante do fato de que “[...] outros interesses de hierarquia constitucional (liberdade de informação, liberdade de expressão etc.) venham exigir, diante de concretas circunstâncias, proteção mais intensa.” (SCHREIBER, 2013, p. 112).

Assim, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior, e o fato de se tratar de pessoa pública (celebridade, político, *socialites*, esportista, artista ou qualquer outra pessoa notória) indicará tão somente que há um grau de interesse maior do público em ter acesso ao modo de viver daquela pessoa, sem que isso determine a prevalência absoluta da liberdade de informação sobre o direito da personalidade.

Com entendimento um tanto diverso, o Ministro Gilmar Mendes diz que “[...] o interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ser deixado só.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 283).

No mesmo sentido é o pensamento de Farias (1996, p. 123) quando ressalta que “[...] admite-se que elas tacitamente consentem na propagação de sua imagem como consequência natural da própria notoriedade que desfrutam [...]” ao se referir às restrições ao direito à imagem que as pessoas célebres sofrem devido ao interesse que despertam na sociedade.

Portanto, de acordo com análise e ponderação das condições circunstanciais do caso concreto a desconsideração do direito à privacidade, configurada pela divulgação ao público de fatos privados referentes a certo acontecimento notório ou a um determinado sujeito público poderá ser caracterizada como admissível.

Nesse contexto, as pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda em decorrência do princípio da publicidade, estampado no art. 37 da Constituição Federal e aplicável a todos os Poderes, em todos os níveis de governo, possibilitando a intervenção relativa na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos.

Como ressalvado pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence:

O homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona *di iluminabilità* [zona de iluminação], resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários. (BRASIL, 1999, n. p.).

Assim, com base nas análises de Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, no caso concreto de ponderação entre a liberdade de informação, com amparo no interesse público na notícia, e o direito da privacidade do indivíduo, estaria fundamentado o argumento de que pessoas públicas ou envolvidas em assuntos públicos seriam detentoras de menor proteção relativamente aos seus direitos fundamentais.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já ressaltou que “[...] o papel social ou a função pública da pessoa em questão é relevante [...]” (CONSEJO DE EUROPA, 2013, p. 35) na análise da prevalência de direitos e a este respeito deve-se fazer distinção entre indivíduos com atuação privada e pessoas que atuam em uma função pública tais como políticos ou figuras públicas. Dessa forma entende o TEDH que um particular desconhecido para o público poderá aspirar a uma proteção especial do seu direito à privacidade, entretanto o mesmo não se aplica a pessoas públicas.

Inadmissível, entretanto, foi o voto proferido pelo relator do Recurso Especial nº. 270.730-RJ (2000/0078399-4), desembargador Wilson Marques, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na ação judicial impetrada pela atriz Maitê Proença contra o jornal Tribuna da Imprensa, do Rio de Janeiro, por este veículo ter publicado, sem autorização, fotos da atriz tiradas exclusivamente para a revista Playboy. O desembargador Wilson Marques firmou o entendimento de que:

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora (Maitê Proença) feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica o pedido dessa natureza (indenização por danos morais), exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado. (ERNANNY FILHO, 2000, n. p.).

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que a Terceira Turma garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de indenização por dano moral do jornal carioca “Tribuna da Imprensa”, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista “Playboy”, em julho de 1996.

6.4 O local da ocorrência do fato

De pronto vale esclarecer que o fato de um indivíduo estar em local público não significa que ele tenha deixado seus direitos da personalidade em casa. Os direitos devem ser tutelados em qualquer parte, no entanto, há que ser ponderado que os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos e “[...] eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos.” (BARROSO, 2004, p. 26). Se alguém se encontrar em lugar público não poderá se opor a ser retratado, ou aparecer em uma reportagem, desde que sem destaque relevante e compondo uma coletividade.

Local público, ou espaço público, é aquele de uso comum e posse de todas as pessoas. Nestes espaços públicos, quando livres, é pleno o direito de ir, vir e ficar, como ruas e avenidas, definidos como de circulação, e como as praças, praias e parques, definidos como espaços de lazer. Há ainda os espaços públicos com restrição, onde o direito a acesso e à circulação é controlado e restrito a determinadas pessoas, como, por exemplo os edifícios públicos, as instituições de ensino e os hospitais.

Não há consenso quanto ao nível de destaque, em relação ao todo, permitido na exposição de alguém em espaço público. E as posições doutrinárias e jurisprudenciais variam e, muitas das vezes, as decisões são contaminadas por valorações morais, éticas e religiosas do intérprete. O que importa, por ora, é entender que o caráter público do lugar não pode, por si só, “[...] ser tomado como um salvo-conduto para a captação de imagens. O que se deve examinar é, antes, o contexto em que a imagem é captada, a expectativa das pessoas envolvidas e o grau de individualização da sua imagem.” (SCHREIBER, 2013, p. 111).

O sistema judicial brasileiro e internacional é farto de decisões em casos onde se invoca o direito fundamental à liberdade de expressão e informação, como se fosse absoluto, tão somente pelo fato do local da ocorrência ser um espaço público.

De qualquer forma o tema está longe de uma interpretação judicial unidirecional. Um exemplo, conhecido de todo o mundo, ocorreu com uma conhecida modelo e apresentadora brasileira flagrada trocando carícias íntimas com o namorado em uma praia na Espanha.

O desembargador-relator do processo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ênio Zuliani, afirmou que “o direito de imagem é protegido pela Constituição e pelo Código Civil e que não haveria provas de que as imagens foram captadas com o consentimento do casal” (SÃO PAULO, 2008, n. p.). No voto, o relator afirmou, inclusive, a inexistência de qualquer interesse público na divulgação das imagens, salientando ser esse tipo de divulgação

ofensiva à honra, ao recato, à privacidade, à intimidade e requer consentimento expresso do titular. De outro lado, o desembargador-revisor, Maia da Cunha, defendeu tese contrária afirmando “não ter havido, por parte do casal flagrado, a menor preocupação em preservar sua privacidade e seu direito de imagem” (SÃO PAULO, 2008, n. p.).

Ao final o voto do Ministro-relator foi vencedor e o Acórdão prolatado dizia que inexistia interesse público que justificasse a ofensa aos direitos individuais fundamentais, pois se tratava de “[...] esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv.” (SÃO PAULO, 2008, n. p.).

6.5 A natureza do fato

Há fatos que exigem ser livre e amplamente divulgados independentemente das personagens envolvidas, tais como acidentes naturais ou provocados por pessoas, eventos esportivos, bem como os crimes em geral, em razão de evidente e relevante natureza jornalística dos eventos, mesmo que de forma colateral exponham a privacidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos.

Outros fatos, por sua natureza íntima merecem ser protegidos da curiosidade e da lascívia de terceiros, que buscam informações de caráter privado “[...] como mero instrumento de divertimento, como vista a preencher o tempo de ócio.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 278).

Sobre esse aspecto merece destaque a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1594865 / RJ Recurso Especial nº. 2014/0189467-2, da lavra do Ministro Relator Luis Felipe Salomão que condenou a Editora Abril ao pagamento de indenização por dano moral à atriz Isis Valverde por conta da publicação de uma foto tirada durante as filmagens da novela Paraíso Tropical da Rede Globo. A foto que motivou a ação foi obtida nas filmagens da novela, em local público e aberto, que mostra a atriz, involuntariamente e fora do roteiro, com os seios à mostra. A foto foi indevidamente publicada na Revista Playboy (BRASIL, 2017b).

O Ministro Relator apontou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que pessoas públicas e famosas, ainda que em menor medida, têm o direito de imagem, de privacidade e de intimidade assegurados, entretanto, “[...] mesmo nas situações em que há alguma forma de mitigação, não é tolerável o abuso, estando a liberdade de expressar-se, exprimir-se, enfim, de comunicar-se, limitada à condicionante ética do respeito ao próximo e aos direitos da personalidade.” (BRASIL, 2017b, n. p.).

O relator ressalta ainda que apesar de se tratar de pessoa pública e famosa e do fato da fotografia ter sido captada em local público, no Centro da cidade do Rio de Janeiro, verificou-se que a forma como a atriz foi retratada, tendo-se em conta o veículo da publicação, o contexto utilizado na matéria e o viés econômico, demonstrou o abuso do direito visto que excedeu os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2017b).

6.6 A existência de interesse público

Como regra geral, “[...] interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume [...]” (BARROSO, 2004, p. 27) e a tendência é tornar justificável a restrição ao direito à privacidade de alguém quando houver relevância pública na notícia vez que, a princípio, o interesse da coletividade possui supremacia sobre o interesse particular cabendo “[...] ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.” (BARROSO, 2004, p. 27).

De regra também, como exemplo da verdadeira satisfação do interesse público, é que “[...] notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade.” (MENDES; GONET BRANCO, 2014, p. 285).

O interesse público não se confunde com o de interesse do público, visto que o primeiro “[...] tem referência com a divulgação de eventos que o cidadão tem o direito de saber no contexto de uma sociedade democrática.” (PRIOR, 2014, n. p.). Diz respeito ao direito de ser informado. Diz respeito também “[...] à necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender interesses da administração da justiça e da segurança pública.” (FARIAS, 1996, p. 124).

Já o interesse do público está direcionado para questões relacionadas com a exploração de eventos que têm como propósito somente satisfazer a curiosidade pública de grupo de indivíduos que tem voyeurismo social como parte dos critérios de determinação da relevância das informações.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos destaca que “[...] o primeiro elemento essencial a ser parametrizado é a contribuição que a publicação de fotografias e os artigos na imprensa oferecem para um debate de interesse geral.” (CONSEJO DE EUROPA, 2013, p. 36). A definição do que é de interesse geral dependerá das circunstâncias específicas do caso

concreto, entretanto considera útil lembrar que já reconheceu a existência de tal interesse não só quando a publicação se referia a questões políticas ou crimes cometidos mas também quando referia-se a questões relacionadas com o esporte ou artistas. Do contrário, complementa o TEDH, não são considerados de interesse geral possíveis problemas conjugais de um presidente da República ou as dificuldades econômicas de um cantor famoso.

6.7 A atualidade do fato

Por meio desse parâmetro, intimamente relacionado ao direito ao esquecimento, deve ser analisado se existe interesse público atual em trazer à memória aquela informação, bem como se haveria relevância em lembrar o indivíduo conexo com a notícia.

Se ainda persiste o real interesse público, não fundado apenas na curiosidade e no voyeurismo social, não caberá se falar em direito ao esquecimento do sujeito da informação. É o caso dos crimes verdadeiramente históricos, quando for impossível narrar o fato desvinculado do réu.

De outro lado, não havendo interesse público atual, o indivíduo poderá exercer sua pretensão de ser esquecido, invocando seu direito de ser esquecido em relação aos fatos do passado.

7 ESTUDO DE CASO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4815/DF

Após a verificação do que diz a doutrina acerca dos temas objeto do presente estudo, o foco agora se direciona para a jurisprudência. Nesta parte do trabalho, será trazido à luz, por meio de uma apresentação descritiva, um caso específico julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015. A escolha da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF (Caso das biografias não autorizadas) para dar densidade concreta ao presente estudo sobre colisão de direitos fundamentais foi em razão da atualidade, da amplitude e da relevância que o caso adquiriu junto à sociedade e ao mundo jurídico brasileiros.

Obviamente que apenas um caso não poderá servir peremptoriamente como representante da realidade como um todo. Entretanto, conforme visto no capítulo acerca dos parâmetros condicionantes, em diversos outros casos tratados no Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal e também na Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo como marco temporal o Século XXI, houve a análise acerca da colisão de direitos fundamentais e foram pontuados os momentos decisórios em que se utilizou, e como se utilizou, o argumento da proporcionalidade, sob qualquer de seus termos sinônimos quando aplicados com o mesmo significado, na fundamentação dos votos.

Caso das Biografias não autorizadas

STF - ADI 4.815/DF / Relatora: Min. Cármen Lúcia / 10.06.2015

Trata-se de Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 5.7.2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL objetivando a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que dispõem:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O ponto central da discussão posta na ADI 4.815 é como interpretar os dispositivos dos artigos 20 e 21 do Código Civil de modo a, sem exclusão do texto do sistema por declaração de vício de inconstitucionalidade, torná-lo compatível com os princípios constitucionais,

assecuratórios de direitos fundamentais, insculpidos no artigo 5º, incisos V, VI, IX, X e XIV, e art. 220, todos da Constituição do Brasil, em caso de biografia produzida sem autorização.

A autora, Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, argumentou na petição inicial que por força da interpretação que estava sendo dada pelo Poder Judiciário aos artigos 20 e 21 do Código Civil, a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, estavam sendo proibidas em razão da ausência de prévia autorização dos biografados, importando em verdadeira censura privada.

A autora argumentou também que “as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, tenha tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade mais estreita” (BRASIL, 2016a, p. 2), visto que sua história de vida passaria a confundir-se com a história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público e que o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemplasse as obras biográficas, acabavam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV).

Por fim, a autora destacou que eram igualmente graves as distorções provocadas por uma história se contada apenas pelos seus protagonistas, gerando um efeito silenciador e distorcido dos relatos históricos, da produção cultural nacional e sobre a construção da memória nacional.

A Presidência da República manifestou-se pela improcedência da ação, argumentando que o direito à liberdade de expressão e a liberdade de informar não são superiores aos direitos personalíssimos, sob pena de desequilíbrio com o direito à privacidade e violação aos direitos fundamentais personalíssimos, como a imagem, a privacidade, a dignidade e a honra.

A Presidência alegou também que a Constituição Federal Brasileira assegura, de forma infalível, a liberdade de expressão e o direito de informação, mas que claramente estabelece os limites do exercício destes direitos, nos termos do seu artigo 5º, inciso IX, quando diz que está proibida a imposição de qualquer licença para a divulgação da atividade intelectual, artística e de comunicação, e quando no subsequente inciso X, estabelece a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e, ainda no art. 220, quando diz que a ordem é que a informação e manifestação do pensamento estarão condicionadas ao disposto na Constituição e ao disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

A Presidência da República ressaltou que na ponderação entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade destacavam-se dois fatores: a

veracidade do fato narrado e a existência de interesse público sobre o mesmo, razão pela qual “somente a informação que for verdadeira poderá ter sua divulgação protegida e somente o interesse público pode ser considerado objeto da liberdade de informação e de expressão.” (BRASIL, 2016a, p. 5).

O Senado Federal defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, afirmando que não procedia a alegação da autora de que haveria proibição no Brasil de biografias não autorizadas, visto que circulam no mercado nacional, sem qualquer censura, inúmeras publicações biográficas não autorizadas sobre diversas personalidades, bem como afirmou que “o que o ordenamento jurídico brasileiro não permitiria seria a exploração comercial não autorizada da imagem das pessoas, nem a publicação de impressos ou de audiovisuais com potencial ofensivo.” (BRASIL, 2016a, p. 5).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência da ação, com a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), visto ser “possível reconhecer uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão e do direito à informação sobre os direitos da personalidade, quando se tratar de personalidade pública.” (BRASIL, 2016a, p. 5-6).

A Procuradoria-Geral defendeu que no caso das normas ora impugnadas, o legislador sequer buscou solução voltada à otimização possível dos valores constitucionais em disputa e simplesmente conferiu proteção absoluta aos direitos da personalidade, às expensas de uma restrição completa à liberdade de expressão e ao direito à informação, de forma francamente incompatível com a importância atribuída pela Constituição a estes últimos direitos fundamentais, trazendo “como resultado a legitimação da censura privada e o empobrecimento da nossa esfera pública e cultural e a asfixia de um relevante segmento artístico.” (BRASIL, 2016a, p. 6).

Além de todas as manifestações anteriores, o Supremo Tribunal Federal realizou uma Audiência Pública para o aporte de pareceres e manifestações de especialistas sobre a matéria. Na ocasião a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido, observando que ao tratar da privacidade da personagem, os detalhes íntimos da vida do biografado geram comoção ou curiosidade na opinião pública, com retorno financeiro para o seu autor, e nesse contexto, a confissão ou divulgação de fatos pertinentes a intimidade e à vida privada cabem, apenas, ao titular do direito.

O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, a ARTIGO 19 BRASIL, a Academia Brasileira de Letras – ABL, a Associação Eduardo Banks, o Conselho Federal da

Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Instituto dos Advogados de São Paulo e o Instituto Amigo também foram admitidos como *amici curiae*.

Participaram também da audiência pública o Ministério Público Federal, a Academia Brasileira e Letras, a Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, a União Brasileira de Escritores, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão, Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados – Seccional de São Paulo, o Instituto Palavra Aberta, o Deputado Federal Newton Lima, o Sindicato Interestadual da Indústria Áudio Visual, o Deputado Federal Ronaldo Caiado, o Deputado Federal Marcos Rogério, o Sindicato Nacional dos Editores de Livros, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, o Ministério da Cultura, a Associação Eduardo Banks, o Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, a Associação Paulista de Imprensa, o advogado João Ribeiro de Moraes e a Ordem dos Advogados do Brasil.

A tendência geral das opiniões manifestadas na audiência pública foi no sentido amplamente favorável à liberdade de expressão, dizendo que biografias constituem “gênero literário e fonte histórica”, “fundamento para a construção do futuro”, “parte da historiografia social”, “direito de todos” e contrária à exigência de autorização ou consentimento da pessoa biografada relativamente a obras biográficas, bem como de que a Constituição Federal já garante aos que se considerarem ofendidos, à posteriori, adotar medidas judiciais como o direito de resposta e pedido de indenização caso se constate erro em relação ao que se relata e má-fé na produção e no relato desse erro.

Então, dentre as diversas facetas analisadas na ADI constava a colisão entre a liberdade de expressão do autor e os direitos da personalidade do biografado.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo *amicus curiae* Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo *amicus curiae* INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o

Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara. Brasília, 10 de junho de 2015. (BRASIL, 2016a, p. 3-4).

De forma ilustrativa, vale dizer que no debate em plenário e nos votos escritos dos Ministros divulgados pelo STF relativamente à ADI 4.815, os termos ponderação, proporcionalidade, balanceamento e sopesamento, aplicados como técnica argumentativa ou meramente retórica na solução de colisões de direitos fundamentais, ainda que no contexto de uma citação doutrinária, foram utilizados 67 (sessenta e sete) vezes, sendo que a utilização prioritária foi pelo termo ponderação (e suas variáveis ponderar, ponderada, ponderativo, *ponderaciones*, *ponderación*) com 38 vezes, proporcionalidade (e suas variáveis desproporcional, proporcional) 22 vezes, o termo balanceamento foi utilizado por 5 vezes e o termo sopesamento apenas 2 vezes.

Os ministros que mais se utilizaram dos termos foram a Ministra Carmen Lúcia com 16 citações (9 ponderação, 3 proporcionalidade e 4 balanceamento), o Ministro Luis Roberto Barroso (13 ponderação, sendo 8 delas no debate em plenário e 3 proporcionalidade), a Ministra Rosa Weber (2 ponderação e 6 proporcionalidade) e o Ministro Gilmar Mendes (com 5 citações ao termo ponderação e 1 ao termo proporcionalidade).

Vale ressaltar que, nos termos do inteiro teor do acórdão publicado pelo Supremo Tribunal Federal, os Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin não participaram deste julgamento, que as raras manifestações do Ministro Celso de Mello estão com a rubrica de “cancelado” e que os pronunciamentos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Marco Aurélio foram de poucas palavras, conforme refletido no resumo de seus votos.

I - Resumo do voto da Ministra Carmen Lúcia (Relatora):

A Ministra Carmen Lúcia, como relatora da Ação, apresentou o voto mais longo e logo no início do voto esclareceu que o objeto da ação é a interpretação das normas contidas nos artigos 20 e 21 do Código Civil para se definir a sua compatibilização com as normas constitucionais. Diz que a redação do artigo 20 é ruim pois se inicia com uma ressalva - “Salvo autorização” – e que a boa redação pede que toda regra jurídica comece por um preceito e apenas ao final, se for o caso, se estabelece uma ressalva.

A Ministra Carmen Lúcia fez uma análise minuciosa acerca de tudo o que foi apresentado nas audiências públicas, e também dos parâmetros normativos constitucionais e das regras da interpretação demandada, tendo por referência a questão da liberdade de expressão, de pensamento, de informação e os direitos à intimidade, à privacidade, bem como acerca do que são as biografias, a sua história e a transcendência do direito à intimidade.

Além disso citou também o clássico “Caso Luth”¹⁵, que teria marcado o início da teoria dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais e o início da aplicação do critério da ponderação e balanceamento de direitos fundamentais em colisão, os casos “Caroline de Mônaco”¹⁶ e o artigo “Warren/Brandeis”¹⁷, que tratavam ambos do direito de ser deixado em paz, tudo de forma a demonstrar que os Tribunais Constitucionais, europeus e americanos, por diversas vezes, já cuidaram do tema. Também nesses “Casos Caroline” a Ministra Carmen Lúcia buscou a argumentação para a defesa da adoção dos critérios de parametrização da ponderação de bens e valores como método de resolução dos casos difíceis, nos quais normas constitucionais tencionam e apresentam conflito aparente, que precisa ser solucionado: a) se a informação contribui para um debate de interesse geral; b) qual é a notoriedade da pessoa em causa; c) qual comportamento anterior da pessoa em causa; d) qual o conteúdo, a forma e as consequências da publicação; e) em que circunstâncias as fotos foram tiradas.

Citou também o Caso Olmedo Bustos e outros versus Chile, referente à proibição pelo Estado Chileno da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” que, após ter esgotado as instâncias judiciais chilenas, alcançou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por sua vez, julgou e comprovou a censura prévia e que houve violação ao artigo n.13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Ministra Carmen Lúcia disse ainda que o direito admite técnicas de ponderação de valores que demonstram que os “arts. 20 e 21 do Código Civil somente poderão ser tidos como legitimamente válidos e subsistentes no sistema jurídico se for afastada aquela exigência para o tema específico” (BRASIL, 2016a, p. 8), bem como que o direito prescreve formas de serem reparados os abusos segundo o que se tenha demonstrado como dano. O mais seria censura, forma de “calar a boca”.

Assim, após farta fundamentação, onde citou Paulo Bonavides, Pimenta Bueno, J. J. Gomes Canotilho, Ingo Sarlet, Daniel Sarmiento, José Afonso da Silva, San Tiago Dantas, Maria Helena Diniz, Norberto Bobbio, Nelson Hungria e diversas normas nacionais e internacionais declaratórias dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação e delimitadoras

¹⁵ Decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, por seu suposto passado nazista.

¹⁶ Caroline Von Hannover *versus* Alemanha - o TEDH deu razão à princesa Caroline e ao seu marido, o príncipe Ernst August von Hannover: para o TEDH, a privacidade, mesmo das figuras públicas, não findava à saída da porta de casa.

¹⁷ O “direito a ser deixado em paz” tem sua “certidão de nascimento” em um artigo publicado na *Harvard Law Review* 4-193, de dezembro de 1890, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, com o título “The Right to Privacy”.

da censura, inclusive de outrora, bem como diversas normas declaratórias dos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, disse:

Para perfeito deslinde do caso em exame, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

Segundo Robert Alexy, [...].

Valendo-se daquele critério, em exame específico sobre os arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro e considerando as normas constitucionais garantidoras das liberdades, Gomes Canotilho conclui: “Não temos dúvida que o balanceamento ‘definitório categorial’ ou ‘universalizante’ detectado no enunciado linguístico do art. 20 do Código Civil conduz a uma operação deôntica de proibição claramente inconstitucional. (BRASIL, 2016a, p. 120-122)

E continuou:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição da República aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística e de produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (BRASIL, 2016a, p. 124).

Por fim, não sem antes dizer, citando San Tiago Dantas, que em toda relação jurídica os elementos direito e dever - de fazer, de abster-se e de tolerar - estão sempre contrapostos, que a expressão é livre e que qualquer censura prévia é vedada no sistema, a conclusão da Ministra Carmen Lúcia foi no sentido de se reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de confronto com outros bens fundamentais, com o devido respeito ao outro e pela responsabilização do sujeito em caso de eventual excesso.

II - Resumo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

O Ministro Luís Roberto Barroso trouxe também um estudo completo dos direitos fundamentais envolvidos na questão e fez, no debate em plenário, uma exposição didática acerca do seu modo de aplicar a técnica da ponderação e diz:

Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. (BRASIL, 2016a, p. 125-126).

Assim, o Ministro Barroso, utilizando da mesma fundamentação que foi exposta nos Capítulos 2, 3 e 6, disse:

Dito isso, a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estruturação do raciocínio que se desenrola em três etapas.

Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra.

A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas.

No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto.

Neste caso que nós estamos examinando, há uma ponderação que foi feita pelo legislador civil no Código Civil e que materializou esta ponderação entre os direitos em conflito nos artigos 20 e 21 do Código Civil, que são precisamente os dispositivos impugnados.

[...].

Portanto, eu estou assentando, Presidente, no meu voto, que considero que os artigos 20 e 21 do Código Civil produzem uma ilegítima hierarquização entre os direitos à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, em favor do direito da personalidade e em desfavor da liberdade de expressão. (BRASIL, 2016a, p. 152).

E concluiu:

Como consequência, declaro a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos impugnados para, mediante interpretação conforme a Constituição, afastar do ordenamento jurídico a necessidade de consentimento dos biografados, demais pessoas retratadas ou de seus familiares para a publicação e veiculação de obras biográficas. Penso que o meu voto, que é alinhado com o da Ministra Carmen Lúcia, tem como tese final e singela a seguinte - e aqui sendo minimalista, seguindo um pouco o padrão que temos adotado aqui, que é a seguinte: Não é compatível com a Constituição interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que importe na necessidade de autorização prévia de pessoa retratada em obra biográfica para fins de sua divulgação por qualquer meio de comunicação. (BRASIL, 2016a, p. 152).

No mesmo sentido, ao falar da impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais, o Ministro Barroso disse que a específica controvérsia constitucional acerca das biografias não autorizadas, que estava submetida ao Supremo Tribunal Federal, não diz respeito à forma adequada de solucionar todos os potenciais conflitos de interesses e valores constitucionais que podem emergir da publicação de obras biográficas. Tratava-se somente de determinar se a lei pode arbitrar abstratamente a colisão entre os direitos fundamentais em jogo, de modo a consagrar a absoluta precedência dos direitos à honra, à intimidade e à imagem, em

detrimento da liberdade de expressão, estabelecendo um direito potestativo das pessoas retratadas, seus parentes ou herdeiros, de impedir a divulgação de biografias não autorizadas.

Disse ainda que, à luz da Constituição, a resposta há de ser necessariamente negativa, e complementa:

Isso se deve, em primeiro lugar, à impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais em abstrato e de forma rígida. Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistem hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais. É certo que alguns autores têm reconhecido a existência de uma hierarquia axiológica ou material, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, possuindo um maior peso abstrato. No entanto, ainda que se reconheça uma tal hierarquia axiológica, a Constituição não admite que a lei possa estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito fundamental sobre outro. Nesses casos, a solução de episódios de conflito deverá ser sempre apurada diante do caso concreto e a partir do teste da proporcionalidade. (BRASIL, 2016a, p. 157-158).

Dessa forma, em uma exposição bastante pedagógica e demonstrando técnica e argumentação na fundamentação de suas posições, o Ministro Barroso defende a primazia da liberdade de expressão, em uma dupla dimensão de criação intelectual e artística e no direito de receber informações e critica o modo como o Código Civil conduziu a uma hierarquização e subordinação da liberdade de expressão aos direitos da personalidade, em violação ao Princípio de Unidade da Constituição.

O Ministro Barroso prosseguiu dizendo que considerar a liberdade de expressão como um direito ou uma liberdade preferencial, como defendeu por meio de justificativas históricas que deve ser, significa, em primeiro lugar e acima de tudo, transferir de ônus argumentativo, de forma que “quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer”. (BRASIL, 2016a, p. 144).

No mesmo sentido da Ministra Carmen Lúcia, disse que:

A censura prévia e a licença prévia são vedadas pela Constituição Brasileira como regra geral, de modo que, em qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade da expressão - que pode ocorrer -, deve-se dar preferência para os mecanismos de reparação a posteriori e não impeditivos da veiculação da fala da manifestação. [...]. (BRASIL, 2016a, p. 148).

Portanto, os mecanismos para responsabilização do sujeito em caso de eventual excesso – e ele citou diversas possibilidades na antecipação do voto - seriam a posteriori: retratação, retificação, direito de resposta, indenização, e, eventualmente, como exceção, a responsabilização penal.

O Ministro Barroso finaliza com uma nota pessoal: “a liberdade de expressão não é garantia de verdade, nem é garantia de justiça; ela é uma garantia da democracia”. (BRASIL, 2016a, p. 149).

III - Resumo do voto da Ministra Rosa Weber:

A Ministra Rosa Weber fez uma ampla defesa da liberdade de expressão e da democracia ao afirmar que “a autorização prévia, [...], constitui uma forma de censura prévia incompatível com o nosso Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2016a, p. 180), afirmou que a liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia, considerou inexigível o consentimento da pessoa biografada, inadmissível restrição arbitrária, e disse:

Ao assegurar ampla liberdade à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, os arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, caput, da Constituição Brasileira reverberam um dos sustentáculos dos regimes democráticos, cuja imprescindibilidade a experiência política internacional se encarregou de consagrar.

[...].

A sujeição da publicação de obra de caráter biográfico à prévia autorização ou licença da pessoa biografada e de outras pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares no caso de pessoas falecidas) aniquila a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeadas em seu núcleo essencial. Tais liberdades, de um lado, e a autorização ou licença, de outro, são conceitos excludentes. (BRASIL, 2016a, p. 188-189).

A Ministra Rosa Weber fez a seguir uma análise acerca dos direitos da personalidade e disse que “mudanças políticas, sociais e econômicas demandam incessantemente o reconhecimento de novos direitos, impondo, de tempos em tempos, a redefinição da exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo” (BRASIL, 2016a, p. 190), e continuou:

Assim compreendida a privacidade, duas conclusões se apresentam. A primeira é que, tanto quanto a ampla liberdade de expressão, a proteção da privacidade também é uma característica estrutural indispensável das sociedades democráticas. A segunda conclusão é que o direito à privacidade e a liberdade de expressão não se contradizem, não se opõem. Ambos, ao contrário, são complementares, fornecendo proteção a diferentes dimensões da personalidade humana. (BRASIL, 2016a, p. 191).

E sobre a colisão de direitos, a Ministra Rosa Weber tratou o tema como ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade ao citar o voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 130/DF¹⁸. De um lado estaria o bloco dos direitos que dão conteúdo à

¹⁸ Na ADPF 130/DF o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988).

liberdade de imprensa e de outro o bloco de direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, com precedência, *prima facie*, do primeiro bloco e com a incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos para assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa em caso de eventual abuso de direitos.

E assim disse a Ministra Rosa Weber:

Em vez de supor um choque entre liberdade de expressão e direito à intimidade, situando-os em polos opostos de uma arena, a fim de decidir, mediante o recurso a um critério valorativo qualquer (político, econômico, moral, ideológico etc.), aquele que deve prevalecer em cada caso, a melhor hermenêutica constitucional é a que afirma o caráter sistemático, harmônico, e não excludente dos direitos fundamentais. Se tanto um quanto o outro princípio envolvidos estão consagrados em normas de igual hierarquia, não se pode sacrificar nenhuma delas, negando-lhe vigência, ao simplesmente afirmar a prevalência de um em detrimento do outro. Cabe ao intérprete buscar solução que traduza reverência a todos os preceitos constitucionais envolvidos, esclarecendo, isso sim, o seu âmbito próprio de proteção. (BRASIL, 2016a, p. 191-192).

A seguir a Ministra Rosa Weber, de maneira em certo sentido contraditória ao posicionamento que expressava, disse que “não se trata, pois, de afirmar uma suposta supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, e sim de delimitar os campos próprios a cada proteção” e fez um brevíssimo relato sobre pessoa pública:

Há interesse público *prima facie* em que seja assegurada a livre expressão relativamente a fatos da vida de pessoas públicas. (BRASIL, 2016a, p. 194).

Disse ainda que no caso de ocupante de cargos e funções públicas, investidos de autoridade, é inevitável, e mesmo desejável, do ponto de vista do interesse público – que:

Eles tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e crítica. É sinal de saúde da democracia – e não o contrário –, que os agentes políticos e públicos sejam alvo de críticas – descabidas ou não – oriundas tanto da imprensa como de indivíduos particulares. (BRASIL, 2016a, p. 193).

Por fim, citou no voto, sem mais maiores aprofundamentos, a ponderação e a proporcionalidade:

Quando em questão o exercício de função de interesse público, e não a vida privada ou a intimidade, a **ponderação** do interesse público na manifestação do pensamento conduz a um elevado grau de tolerância no tocante aos requerimentos de proteção do interesse individual.

[...].

Nesse contexto, o critério da **proporcionalidade** desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir a manifestação de juízos críticos a ocupante de função de interesse público no exercício das suas funções, que, apesar de mordazes, se mostram, na quadra atual, triviais. A imposição de restrições às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção

de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostram necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, não sobrevive ao teste da proporcionalidade. (BRASIL, 2016a, p. 196).

A Ministra Rosa Weber disse que, além de inconstitucional, a exegese dos arts. 20 e 21 do Código Civil “é exemplo do tipo de regra que direta ou indiretamente contribui para, no longo prazo, manter o país culturalmente pobre, a sociedade moralmente imatura e a nação economicamente subdesenvolvida”. (BRASIL, 2016a, p. 198).

E concluiu:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil), a fim de, compatibilizando a sua exegese com os arts. 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, 215, caput e § 3º, II, e 220 da Constituição da República, reputar inexigível o consentimento da pessoa biografada e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares no caso de pessoas falecidas), para a publicação ou veiculação de obras de cunho biográfico, sejam elas obras literárias, audiovisuais ou fixadas qualquer outro suporte tecnológico. (BRASIL, 2016a, p. 198).

IV - Resumo do voto do Ministro Luiz Fux:

O Ministro Luiz Fux, logo no início de sua manifestação e já indicando o seu posicionamento, citou Alexis de Tocqueville (Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 4. ed., 1998, tradução de Neil Ribeiro da Silva, p. 141) ao afirmar que “num País onde reina ostensivamente a soberania do povo, a censura não é apenas um perigo, mas é ainda um grande absurdo” (BRASIL, 2016a, p. 200), e caso executada por órgãos públicos os por particulares, aniquilaria completamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação.

Entretanto, também no mesmo sentido dos outros ministros, expressou o caráter não absoluto da liberdade de expressão ao dizer que a informação deve ser baseada em fatos verdadeiros, em fontes legítimas e, havendo algum desvio ou abuso de direito, a própria lei se incumbiria de reprimir, visto que a dignidade da pessoa humana deve servir de limite e garantia mínima contra excessos eventualmente praticados.

O Ministro Luiz Fux citou os §§ 1º e 2º do artigo 220 da Constituição Federal como suficientes para demonstrar o antagonismo do Código Civil ao exigir, em seus artigos 20 e 21, licença prévia para biografias. Diz que se observa, em verdade, que não há ponderação possível entre a regra do Código Civil e a regra Constitucional (melhor seria dizer princípio Constitucional) e que o legislador teria ponderado mal quando normatizou uma prevalência abstrata da censura prévia diante da liberdade de expressão.

A seguir, citou o Professor Claus-Wilhelm Canaris (Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, p.

114) que, de modo muito semelhante à Lei do Sopesamento de Robert Alexy, diz acerca ponderação, ainda que sem nominá-la, que:

Quanto maior o nível do direito fundamental afetado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente autoproteção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção. (BRASIL, 2016a, p. 203).

O Ministro Luiz Fux disse, citando Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 201) que a liberdade de expressão “permite que ideias minoritárias no bojo de uma sociedade possam ser manifestadas e debatidas publicamente, enquanto o discurso *mainstream*, amplamente aceito pela opinião pública, não precisa de tal proteção” (BRASIL, 2016a, p. 203) e, dessa forma, caberia ao Judiciário, por consequência, cumprir a sua função contramajoritária, atuando na proteção das minorias contra imposições discriminatórias e dezarrazoadas das maiorias, interpretando e aplicando o ordenamento jurídico e assegurando a divulgação até mesmo de ideias inconvenientes perante a visão da maioria da sociedade.

V - Resumo do voto do Ministro Dias Tóffoli:

O Ministro Dias Tóffoli, no início de seu voto, fez a ressalva de que a autora da ação, a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, está impugnando tão somente uma interpretação dos preceitos contidos nos artigos 20 e 21 do Código Civil, no sentido da necessidade de autorização do biografado, de pessoas descritas como coadjuvantes da história ou dos respectivos familiares para a publicação de obras biográficas. Disse ainda que, por serem multifacetados, pois tutelam o direito à imagem, à honra e à vida privada da pessoa natural de forma abrangente e sob diversas perspectivas, possibilitam que o interessado proíba as condutas arroladas no dispositivo quando lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Após essas ressalvas disse que o caso da ADI 4.815/DF trata de colisão entre os direitos da personalidade e outros direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e de informação, e que:

A interpretação a partir da qual se conclui pela necessidade, de forma geral e abstrata, de autorização do biografado para a publicação de biografias atribui absoluta precedência aos direitos à vida privada, à imagem e à honra, em detrimento da liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e do direito à informação, razão pela qual concluo pela sua incompatibilidade com a Constituição de 1988. (BRASIL, 2016a, p. 218).

O Ministro Dias Tóffoli fez ainda uma consideração, que em verdade é uma ponderação, acerca dos danosos efeitos que a restrição à liberdade de expressão para produção de biografias poderia causar à formação da memória social do Brasil, visto que desempenha relevante papel na construção da ideia de nação e “o pleno desenvolvimento da democracia pressupõe a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. E disse:

Ressalte-se, por fim, que não estou afirmando a total impossibilidade de se obstar uma (re)publicação de determinada obra biográfica. Em casos excepcionálíssimos, configuradores de séria violação de direitos fundamentais, atestada à luz das circunstâncias do caso concreto, é sim possível atribuir predominância a outro direito fundamental. Trata-se, no entanto, de uma ponderação a ser feita caso a caso pelo Poder Judiciário.

Pelo exposto, voto pela procedência do pedido formulado na ação direta para dar-se interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, de modo a se afastar a necessidade de consentimento da pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou dos respectivos familiares para a publicação de obras biográficas. (BRASIL, 2016a, p. 229).

Dessa forma, ao finalizar o voto o Ministro Dias Tóffoli disse que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão e apenas em hipóteses excepcionais seriam admitidas restrições prévias, as quais deverão estar fundadas numa ponderação com outros direitos ou bens jurídicos contrapostos.

VI - Resumo do voto do Ministro Gilmar Mendes:

O voto do Ministro Gilmar Mendes iniciou com a afirmativa de que o tema em questão era a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, que os Tribunais cumprem papel decisivo na interpretação, ponderação e aplicação desses direitos fundamentais e que “o livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta” (BRASIL, 2016a, p. 243).

Logo a seguir trouxe à lume os casos julgados pela Corte Constitucional da Alemanha, dentre eles os clássicos “Caso Lebach”¹⁹ e “Caso Mephisto”²⁰, e lembrou que, tanto nos casos alemães quanto no caso brasileiro sob análise, há inevitável tensão na relação entre a liberdade

¹⁹ Reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal Alemão invocando a proteção ao direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã, para impedir a transmissão de um programa televisivo retratando o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, pois o documentário dificultaria o processo de ressocialização de um dos condenados que já havia cumprido sua pena.

²⁰ Caso em que a Corte Suprema alemã foi instada a se pronunciar acerca da validade de se permitir a publicação de um livro do escritor Klaus Mann que faz uma analogia entre o personagem Mephisto, que vendeu a alma ao diabo, e o diretor de teatro Gustaf Gründgens.

de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a gerar a chamada colisão de direitos fundamentais.

Acerca do Caso Mephisto, disse o Ministro Gilmar Mendes:

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório). (BRASIL, 2016a, p. 250).

Nesse caso específico, diz o Ministro, o Tribunal Superior de Hamburgo concedeu o pedido de proibição da publicação de um determinado livro por entender haver direitos subsistentes de personalidade de um falecido teatrólogo, bem como direito autônomo de seu filho adotivo, e que o direito de liberdade artística não teria prevalência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser sopesado em favor do autor da ação.

Quanto ao Caso Lebach, transcreveu trecho da decisão da Corte alemã:

Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação. A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social. (BRASIL, 2016a, p. 251).

O Ministro Gilmar Mendes disse que haverá casos em que justifique até mesmo de uma decisão judicial para suspender uma publicação ou uma divulgação de filme, desde que haja justificativa, mas não nos cabe tomar essa decisão a priori e que haveria outros modos, que não apenas mediante indenização, para que seja reparado o dano.

Por fim, após assinalar que Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, disse que a prévia autorização para publicação de obras de biografia gera sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica, à liberdade artística e que, por outro lado, na ocorrência de eventuais transgressões, a Constituição Federal assegura mecanismos para possíveis reparações, inclusive direito de resposta.

Na conclusão do voto, disse que:

[...], no processo de **ponderação** desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (BRASIL, 2016a, p. 252).

Por tais razões, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto da Ministra Relatora para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, e afastar interpretação que exija prévia autorização para publicação de obras de biografia.

VII - Resumo do voto do Ministro Marco Aurélio:

O Ministro Marco Aurélio, em voto sucinto, após traçar loas à liberdade de expressão e afirmar que biografia, independentemente de autorização, é sinônimo de memória do País, disse:

Havendo conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, sopesando-se valores, está em dar-se primazia, em dar-se predominância, ao interesse coletivo, e este – pelo menos falo, porque, repito, leio apenas as biografias não autorizadas – é o dos cidadãos em geral. (BRASIL, 2016a, p. 258).

Assim finalizou o voto acompanhando a Relatora, enaltecendo o voto e reafirmando, mais uma vez, a importância deste julgamento, muito embora limitado às balizas relativas à legitimação da requerente.

VIII - Resumo do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente):

O Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal, abreviou sua fala no sentido de enaltecer o voto de todos que seguiram o entendimento da Ministra Cármen Lucia, reafirmando “a mais plena liberdade de expressão artística, científica e literária, desde que não se ofendam outros direitos constitucionais dos biografados, notadamente aqueles que estão capitulados no art. 5º, inciso X, da nossa Carta Magna” (BRASIL, 2016a, p. 262) e ressaltou o posicionamento da Corte Suprema quanto à prevalência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a que se refere o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que compreende, inclusive, o poder de cautela do juiz que deve ter, portanto, instrumentos para impedir também a mera ameaça a lesão de direitos, desde que não se trate de qualquer decisão teratológica.

8 CONCLUSÃO

A consolidação da ideia da ponderação de princípios e sua transformação em prática jurídica, fundamentada na teoria da argumentação e com metodologia e parâmetros racionais, reveste-se de considerável relevância, sobretudo e principalmente no contexto de uma sociedade democrática, aberta, complexa e plural, onde a diversidade é palavra de ordem e onde múltiplos interesses e bens jurídicos devem ser acomodados.

No mesmo sentido e em razão de se compreender as normas jurídicas como gênero das espécies regras e princípios, as decisões judiciais envolvendo direitos fundamentais que devem ser satisfeitos na maior medida possível exigem o constante e progressivo estudo da aplicação da proporcionalidade, visto que os limites de abrangência de cada direito fundamental, bem como os parâmetros a serem utilizados, não são racionalmente rígidos e infalíveis.

Ainda que os contra-argumentos ao modelo de solução da colisão de princípios apontem na direção de uma eventual irracionalidade na aplicação da máxima da proporcionalidade, ou aponte para a existência de um espaço de incertezas, casuísmos e insegurança jurídica como decorrência da relativização de direitos, nenhum dos críticos demonstrou a existência de alternativas ao modelo, pois “[...] não é possível imaginar qualquer forma de interpretação e aplicação [do direito] que exclua totalmente a subjetividade do intérprete e do aplicador.” (SILVA, 2010, p. 104).

Assim, sempre que a ordem constitucional não estabelecer, de modo abstrato e apriorístico, a prevalência de determinado direito, a técnica da ponderação deverá ser aplicada pelo Poder Judiciário, especialmente quando chamado a interceder em um determinado caso concreto, e segundo as respectivas circunstâncias fáticas e jurídicas, nos termos sugeridos pela Lei de Colisão de Robert Alexy, ou, nos termos delineados por Luis Roberto Barroso, ou, nos termos dos estudos apresentados por Wilson Antonio Steinmetz e Anderson Schreiber ou sob qualquer outra metodologia que formule ou disponha critérios ou parâmetros que ampliem as possibilidades de racionalidade e de controle da argumentação jurídica.

Evidente, então, que serão as condições específicas (circunstâncias) sob as quais ocorreu a colisão de direitos fundamentais que determinarão a prevalência de um direito fundamental sobre outro. A análise criteriosa dessas circunstâncias e a aplicação metodológica da máxima da proporcionalidade são as melhores ferramentas para solução das colisões de direitos fundamentais. A ponderação de valores e direitos, à luz da máxima da proporcionalidade e com o suporte dos elementos constitutivos da Teoria da Argumentação,

fundada no livre convencimento motivado, é a melhor ferramenta para evitar a arbitrariedade do intérprete.

A utilização dos termos ponderação, proporcionalidade e sopesamento tornou-se corriqueiro e indiscriminado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com referências frequentes ao uso dessa técnica nos *hard cases* que tenham conteúdo essencialmente tratando de colisão de direitos fundamentais. Entretanto, a citação meramente retórica e a banalização do uso dos termos trouxe a desconsideração da necessidade da aplicação da técnica com base em precedências condicionadas e impescindindo da fundamentação e argumentação detalhadas, vez que “[...] a relatividade dos direitos determina e impõe o caráter persuasivo do discurso jurídico.” (WARAT, 1985, p. 123).

Não se está dizendo acerca da inadmissibilidade da divergência dos votos, afinal o consenso, objetivo final em um julgamento executado por um colegiado ou por uma turma, é a arte da comunhão das divergências. O que se quer dizer é que mesmo decisões judiciais fíncadas em posições antagônicas e contraditórias podem e devem ser, ambas, fundamentadas e legitimadas por meio da argumentação jurídica.

Embora não exista e não se imponha uma sistemática única, ou mesmo uma regra objetiva, que oriente a utilização da ponderação, é inquietante que a aplicação meramente retórica do “princípio da proporcionalidade”, sem parâmetros ou metodologia, resulte em posições antagônicas diante de um mesmo caso concreto (BRASIL, 1994), gerando uma indesejada insegurança jurídica. Isto decorre do fato de que o aplicador do direito já ter previamente um posicionamento e uma preferência sobre determinado direito fundamental quando contraposto a outro e utiliza-se da palavra “ponderação” ou da expressão “princípio da proporcionalidade” como utensílio de persuasão.

Verdadeiramente, nestes casos, o aplicador se apega ao princípio do livre convencimento desmotivado, em clara ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal que diz que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

A utilização indiscriminada da expressão “princípio da proporcionalidade” é notada quando seu emprego não faz referência aos seus motivos justificadores, ou parâmetros condicionantes, quando não esclarece as premissas que o sustentam, ou quando é empregada como se fosse autoexplicativa ou autossuficiente. Decisão judicial que simplesmente se satisfaça enunciando estar de acordo com o “princípio da proporcionalidade”, ou de maneira rasa que está fíncada em uma “ponderação de valores”, sem explicitar os critérios, parâmetros,

condições ou circunstâncias que fundamentaram a decisão será um verdadeiro “ídolo com pés de barro”.²¹

A proposta dos doutrinadores citados neste trabalho é no sentido de evitar a absoluta discricionariedade com a criação de uma regra de direito fundamental atribuída, também nominada por regra de direito fundamental derivada, cuja fundamentação seja atribuída a direitos fundamentais e cuja subsunção aos elementos do caso concreto seja o mais previsível possível, como se fosse uma norma positiva. Isto quer dizer que se dois casos concretos possuem as mesmas causas, estão envoltos em idênticas circunstâncias, e geram iguais consequências, não podem sofrer tratamento diverso quando submetidos à análise de um mesmo Tribunal.

Será a regra atribuída um mandamento definitivo e, como se percebe, será capaz de incluir em um dos direitos fundamentais contrapostos uma cláusula de exceção que terá vigência sob aquelas condições específicas. A decisão do Tribunal à luz de um caso concreto, verdadeiro precedente judicial, ainda que não seja obtido pela unanimidade dos julgadores visto que o que se busca é o um consenso jurídico, servirá de diretriz para os julgamentos posteriores de casos análogos. Em sentido estrito, serão os fundamentos jurídicos que sustentarão as decisões futuras como uma regra de precedência condicionada.

Isto não significa que toda decisão posterior deverá obrigatoriamente ter o mesmo resultado. Significa que após ter se firmado como fundamento normativo da solução de um caso concreto, se exigirá, necessariamente, uma carga adicional de argumentação em sentido oposto para ser revertida. Como bem alerta Fausto Santos de Moraes, “[...] não se está a defender, de forma alguma, uma proposta simplista de chancela a um modelo de decisionismo judicial. Muito pelo contrário, a ponderação judicial deve estar plenamente vinculada à supremacia da Constituição e à prevalência dos direitos fundamentais.” (CRISTÓVAM, 2017, p. 221).

De outro lado, sempre que a técnica da ponderação foi lembrada para aplicação em casos, abstratos ou concretos, de colisões entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, ficou manifesta a primazia da liberdade de expressão. Isso, contudo, não significa que a liberdade de expressão terá sempre prevalência, mas indica, ao menos, a necessidade de um ônus argumentativo adicional a ser contraposto para reverter a referida prevalência.

A ampla maioria dos aplicadores do direito contenta-se em dizer de maneira rasa que sua decisão está fincada em uma “ponderação de valores” ou é motivada pelo “princípio da

²¹Diz a lenda que Nabucodonosor da Babilônia imaginou uma estátua belíssima feita de ouro, prata, bronze, ferro e barro, mas bastou uma insignificante pedra para destruir o sonho do rei. E a culpa foi da fragilidade do barro.

proporcionalidade”, sem explicitar os critérios, parâmetros, condições ou circunstâncias que a fundamentaram. Dessa forma, em uma ponderação ou em uma proporcionalidade sem fundamentação ficarão escondidos na mente do intérprete os motivos e a intensidade dessa ponderação/proporcionalidade. Não se saberá o que foi ponderado e a decisão valerá “[...] muito mais pelo argumento da autoridade do que pela autoridade do argumento.” (MORAIS, 2013, p. 21).

O Estado constitucional de direito, de estrutura aberta e maleável, recheado de princípios constitucionais fundamentais, garantidores de direitos fundamentais dispostos por todo ordenamento jurídico, por vezes submetidos a relações de tensão contrapostas pois igualmente relevantes e sem hierarquia, não mais prescinde da ideia das normas de otimização quando da aplicação ponderada em determinada situação concreta.

Direitos que se encontravam dispostos abstratamente em idênticas proporções e no mesmo nível hierárquico, estarão desnivelados na decisão do caso concreto, após um juízo de ponderação. Entretanto, os efeitos desse desnivelamento causado pela colisão de direitos fundamentais “[...] devem ser limitados para que sejam eficazes ao máximo para todos os envolvidos.” (ALEXY, 2015, p. 613).

Por fim, resta concluir que a teoria da ponderação de princípios (e direitos fundamentais) exibe um relevo bastante significativo no debate jurídico, com tendência de uso crescente e com destaque especial nas decisões dos tribunais superiores, o que, por si só, justifica a explanação feita nesse trabalho. Na descrição do caso concreto analisado no Capítulo 6, ficou evidente que a maioria dos ministros que participaram da sessão utilizou-se, ainda que alguns de forma tímida e apenas retórica, da técnica sistemática da ponderação para se alcançar uma decisão judicial verdadeiramente proporcional e ponderada quando contrapostos o direito fundamental da liberdade de expressão e os direitos fundamentais de proteção da intimidade e da privacidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 11, enero/junio 2009.
- ALEXY, Robert. **La fórmula del peso**. [2003]. Disponível em: <http://www.academia.edu/7113677/LA_F%C3%93RMULA_DEL_PESO>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Judas, de Amós Oz: uma análise do direito de pensar e manifestar o pensamento. *In*: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 3., 2015. Madrid. **Resumos...** Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-3-Madrid.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.
- ANDRADE, Manoel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013.
- ARTIGO 19. **Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade**. 2009. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eacnj/pluginfile.php/136620/mod_resource/content/1/%C3%81VILA%20Humberto.%20A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20entre%20princ%C3%ADpios%20e%20regras%20e%20a%20redefini%C3%A7%C3%A3o%20do%20dever%20de%20proporcionalidade%20%282%29.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BITTAR. Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8615/2017**. Modifica o artigo 74 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 2017a. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2152066>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992b**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992a**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 4.898, de 9 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da 4ª Turma. Recurso Especial nº. 1594865 / RJ (2014/0189467-2) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 20.06.2017. **Diário de Justiça**, publicado em 18.08.2017b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=isis+valverde&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. 4ª Turma. Recurso Especial nº. 58101 - SP - Rel. Min. César Asfor Rocha. Julgado em 16/09/1997. **Diário de Justiça**, em 09/03/1998. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20130822.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº. 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6)**. 2011. Disponível em: <<http://dissenso.org/casoteca/google-brasil-internet-ltda-vs-maria-da-graca-xuxa-meneghel/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. **Agravo em Recurso Especial nº. 983741 / RJ**. Agravo regimental no Agravo em recurso especial n. 2016/0243890-9. Voto do Ministro Rogério Schietti Cruz. 2016b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/488297867/agrg-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-770315-rj-2015-0213758-9>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)**. Voto do Ministro Luis Felipe Salomão. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 403. Julgado em 28/10/2009. **Diário de Justiça-e**, em 24/11/2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.815. **Diário de Justiça-e**, divulgado em 29/01/2016, publicado em 01/02/2016a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus nº. 71373-4**. Relator: Min. Francisco Rezek. 1994. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/23_HC%2071373.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus nº. 82.424/RS**. Tribunal Pleno, Brasília/DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 78.426-SP**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo148.htm>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº. 6.883-SP**. 2009a, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000065192&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 12 out. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

CHEQUER, Cláudio. **Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie"**. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie/5776>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CONSEJO DE EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Von Hannover contra Alemania (n. 2)**: Demandas nº. 40660/08 et 60641/08. 2013. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1706_ASE_OF_VON_HANNOVER_v_GERMA NY_No_2_Spanish_Translation_by_the_COEECHR_and_Thomson_Reuters_Aranzad.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

[CONSELHO DA EUROPA (Português)]. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado n. 531. *In*: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013. Brasília, DF. **Resumos...** Brasília, DF: CJF, 2013. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 27 set. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado n. 576. *In*: Jornada de Direito Civil, 7., Brasília, DF. **Resumos...** Brasília, DF: CJF, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **Proporcionalidade**: uma clarificação do conceito. 2009. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro! **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 38, n. 75, 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECONOMETRIX [Home page]. **A lei da eficiência de Pareto**. 2011. Disponível em: <http://www.econometrix.com.br/publicacoes_academicas/topicos_especiais/index.php?id=9534>. Acesso em: 26 ago. 2017.

EL-JAICK, Juliana Grillo. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. *In*: TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RIO DE JANEIRO). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. **Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Série aperfeiçoamento de magistrados, 11). p. 109. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_109.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso Von Hannover v. Alemanha I. Autos n. 59320/00. **Revista de Direito Público**, v. 2, n. 7, jan./mar. 2005.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCIULLI NETO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LAS CASAS, Renato. **O grande colisor de hádrons: falando sobre os bósons de Higgs, mini-buracos negros e big bangs**. 2010. Disponível em: <<http://www.observatorio.ufmg.br/Pas96.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

LIMA, George Marmelstein. **Impostor intelectual?** análise sokaliana da fórmula do peso de Robert Alexy. 2008. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/06/16/impostor-intelectual-analise-sokaliana-da-%E2%80%9Cformula-peso%E2%80%9D-de-robert-alex/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à honra**. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honra-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 21 set. 2017.

MEIRELES, Carla. **Liberdade de expressão e liberdade de imprensa: quais as diferenças?** 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/liberdade-de-expressao-liberdade-de-imprensa/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, mai./jul. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão**. 2011. Disponível em: <https://www.sescsp.org.br/online/artigo/6041_LIBERDADE+DE+EXPRESSAO>. Acesso em: 10 set. 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. tomo 7.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 45, abr./jun. 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Almir de. A imprensa, sua missão e sua liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, p. 98, abr./jun. 1972. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180510/000342350.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

PERELMAN, Chaïm. La règle de droit: travaux du Centre National de Recherches de Logique. In: BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: 7^a. revisão constitucional. [2005]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 21 set. 2017.

PRIOR, Hélder. Media e vida privada: interesse público ou interesse do público? 2014. Disponível em: <<http://p3.publico.pt/actualidade/media/12946/media-e-vida-privada-interesse-publico-ou-interesse-do-publico>>. Acesso em: 17 set. 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. **Para que existe a liberdade de expressão**. 2017. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/para-que-existe-a-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

RUFINO, André. **A estrutura das normas de direito fundamental**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp131865.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017:

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão da 4^a Turma do TJSP. **Apelação cível nº. 556.090.4/4-00** - Comarca de São Paulo. 2008. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: [s. n.], 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem**: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. A liberdade de expressão artística. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2009.

SILVA, Rosane Leal da *et al.* Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre a ordem nacional e ordem transnacional. *In*: NEVES, Marcelo. **A transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Teoria do ordenamento jurídico e sua visão em Norberto Bobbio**. 2010. Disponível em: <<https://norbertobobbio.wordpress.com/2010/08/30/teoria-do-ordenamento-juridico-e-sua-visao-em-norberto-bobbio/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

WARAT, Luís Alberto. As falácias jurídicas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 6, n. 10, 1985.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982.