

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE

**Os critérios axiológicos na Jurisdição Constitucional Brasileira como
mediadores da tensão entre liberdade e intimidade**

Brasília – 2015

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE

Os critérios axiológicos na Jurisdição Constitucional Brasileira como mediadores da tensão entre liberdade e intimidade

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alvaro Ciarlini

Brasília – 2015

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE

Os critérios axiológicos na Jurisdição Constitucional Brasileira como mediadores da tensão entre liberdade e intimidade

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Alvaro Ciarlini
Orientador

Professor Doutor Luiz Eduardo Abreu
Examinador (UniCEUB)

Professor Doutor Roberto Freitas Filho
Examinador (IDP)

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Brasília,...de ... de 2015.

AGRADECIMENTOS

Finalizar uma etapa, independente do episódio em si, é algo que definitivamente nos faz refletir não apenas sobre o resultado final, como, e principalmente, sobre o caminho que percorremos, as pessoas que conhecemos e que nos incentivaram.

Além de refletir sobre as pessoas, resta a doce lembrança dos dias algumas vezes amargos que uma dissertação gera, das noites em claro, dos finais de semana, feriados e férias dedicadas única e exclusivamente à sua conclusão.

Ao meu Orientador e hoje amigo, Alvaro Ciarlini, muito obrigado pelo exemplo de ser humano que a disciplina e a generosidade são capazes de gerar. Os grandes conquistam, por onde passam, a admiração intelectual e sentimental daqueles com quem convivem. Você, certamente, é um deles. Aos demais colegas do mestrado, professores e funcionários do Instituto Brasiliense de Direito Público, lugar que aprendo diuturnamente, o meu muito obrigado por tudo. Sintam-se, nas pessoas de Fábio Quintas, Cristiane Damasceno, Guilherme Pupe, Henrique Simon e Julia Ximenes homenageados com todo o meu carinho e respeito.

Por fim, ao meu “pai jurídico”, Bruno Espiñeira Lemos, o meu muito obrigado por toda a nossa história, não só pelos momentos de celebração mas também pelos momentos de aprendizado que me fizeram chegar até aqui, me fizeram ser quem eu sou hoje, tendo sempre em mente que há um longo caminho pela frente de evolução. Obrigado por ser meu grande amigo, meu “camarada” em todos os tortuosos caminhos que a vida já apresentou.

INVICTUS

Dentro da noite que me rodeia
Negra como um poço de lado a lado
Agradeço aos deuses que existem por minha
alma indomável

Sob as garras cruéis das circunstâncias
Eu não tremo e nem me desespero
Sob os duros golpes do acaso
Minha cabeça sangra, mas continua erguida.

Mais além deste lugar de lágrimas e ira,
Jazem os horrores da sombra.
Mas a ameaça dos anos,
Me encontra e me encontrará, sem medo.

Não importa quão estreito o portão
Quão repleta de castigo a sentença,
Eu sou o senhor de meu destino
Eu sou o capitão de minha alma.

RESUMO

O conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade sob a perspectiva de se verificar quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam esse tipo de conflito para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais, sem sombra de dúvidas, reflete tema de extrema importância no contexto constitucional brasileiro. Nesta perspectiva foi utilizado o seguinte problema de pesquisa: em que medida a utilização de critérios axiológicos pelo Supremo Tribunal Federal afeta a efetividade das respostas constitucionais em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade? Para que seja possível a realização deste estudo, inicialmente são abordadas as espécies e o panorama legislativo condizente aos direitos fundamentais pretensamente em conflito para que seja possível, em seguida, a análise da divergência no direito tendo, por referenciais teóricos, as teorias sobre direitos fundamentais de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Neste diapasão, são analisadas as consequências sistêmicas do uso da ponderação no conflito entre os direitos fundamentais envolvidos sendo então possível, por conseguinte, alcançar conclusões no sentido de que o exame dos casos tidos como paradigmas do conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão juntamente com a análise da teoria de Alexy e Habermas permitem concluir que o Supremo Tribunal Federal não tem aplicado o critério de ponderação conforme proposto por Alexy. Ademais, o uso de um critério de ponderação, conforme utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão gera, para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais, a instabilidade do sistema.

Palavras-chave: filosofia jurídica; Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Robert Alexy; Jürgen Habermas

ABSTRACT

The conflict between the right to freedom of expression and the right to privacy from the perspective of verifying what are the systemic consequences of using a balancing test in matters involving this type of conflict to the very survival of the fundamental rights of idea, undoubtedly reflects theme of utmost importance in the Brazilian constitutional context. With this in mind, we used the following research problem: to what extent the use of axiological criteria by the Supreme Court affects the effectiveness of constitutional answers on conflicts involving fundamental rights to freedom of expression and intimacy? To be able to conduct this study, initially addresses the species and the regulatory picture befitting the supposedly fundamental rights in conflict so that you can then analyzing the divergence on the right having, for theoretical frameworks, theories of fundamental rights Robert Alexy and Jürgen Habermas. In this vein, we analyze the systemic consequences of the use of weighting in the conflict between the fundamental rights involved and then can therefore reach conclusions in the sense that the examination of the cases seen as the conflict paradigms between right to privacy and freedom of speech together with the analysis of Alexy's theory and Habermas support the conclusion that the Supreme Court has applied the criterion of measurement proposed by Alexy. Furthermore, the use of a weighting of criteria as used by the Supreme Court on issues involving the conflict between the right to privacy and freedom of expression generates, for the very survival of the fundamental rights of idea, system instability.

Keywords: legal philosophy; Constitutional law; Fundamental rights; Robert Alexy ; Jürgen Habermas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.10
1. O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS LIBERDADE DE PENSAMENTO: ESPÉCIES E PANORAMA LEGISLATIVO.....	p.13
1.1 Os direitos fundamentais como problema.....	p. 13
1.1.1 Direitos fundamentais de primeira geração.....	p. 16
1.1.2 Direitos fundamentais de segunda geração.....	p. 17
1.1.3 Direitos fundamentais de terceira geração.....	p. 18
1.1.4 Considerações sobre os direitos fundamentais de quarta geração.....	p.18
1.1.5 Considerações sobre os direitos fundamentais de quinta geração.....	p.18
1.2 Os Direitos Fundamentais em jogo.....	p.19
1.2.1 Direito à privacidade.....	p.19
1.2.2 Direito à liberdade de pensamento.....	p.20
1.3 A coexistência dos direitos fundamentais envolvidos.....	p.21
1.4 Os direitos fundamentais na perspectiva horizontal no projeto da Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional.....	p.23
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DOS CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO.....	p.28
2.1 Alexy e a Teoria da Ponderação dos Direitos Fundamentais.....	p.28
2.1.1 A vinculação conceitual entre direito e moral.....	p.30
2.1.2 Princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial.....	p. 35
2.1.3 A argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral.....	p. 45
2.1.4 Os direitos fundamentais na perspectiva de Robert Alexy.....	p. 59
2.2 Habermas e suas principais críticas à teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy.....	p. 63
3. OS DIREITOS EM JOGO NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....	p. 71
3.1 Aspectos conflituosos sobre os direitos fundamentais na jurisprudência internacional.....	p.71
3.1.1 Suprema Corte Norte Americana.....	p.71
3.1.2 Tribunal Constitucional Alemão.....	p.73
3.1.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	p. 76
3.1.4 Corte Europeia de Direitos Humanos.....	p.78
3.2 Decisões a respeito do tema no Brasil.....	p.80

3.2.1 STF.....	p.80
3.2.2 STJ.....	p.81
3.2.3 Tribunais Brasileiros.....	p.88
3.3 ADI 4815 e os direitos em jogo.....	p.93
4 ANÁLISE DOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS POSTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS QUE ENVOLVEM O CONFLITO ENTRE DIREITO À INTIMIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS REFLEXOS NA ADI 4815.....	p. 96
4.1 Colocação do problema enfrentado pelo STF.....	p. 96
4.2 A utilização da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão.....	p. 103
4.3 Demonstração da utilização inadequada da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão a partir de Robert Alexy e Jürgen Habermas.	p. 110
CONCLUSÃO.....	p.127
BIBLIOGRAFIA.....	p.132

INTRODUÇÃO

No âmago do constitucionalismo, em especial o brasileiro, existem diversas discussões a respeito dos métodos de interpretação constitucional. Dentre os métodos de interpretação possíveis, o critério de ponderação abordado por Alexy a partir do comportamento da Corte Constitucional alemã mereceu destaque neste trabalho.

Pretende-se, a partir desse cenário de aplicação crescente do sopesamento, investigar um dos principais tópicos do debate jurídico contemporâneo: o desenvolvimento do método da ponderação e a possibilidade da existência de critérios racionais de decidibilidade na sua aplicação. Diante de tal constatação, a pergunta inicial a ser formulada é a seguinte: seria possível considerar o sopesamento como método racional na interpretação de colisões entre direitos fundamentais, no intuito de se investigar as possibilidades de fundamentação dos juízos ponderativos, assim como pretensões de racionalidade, correção ou objetividade que se podem relacionar à técnica?

Mais especificamente, o presente trabalho, portanto, tem como problema de pesquisa o seguinte: em que medida a utilização do critério de ponderação pelo Supremo Tribunal Federal afeta a estabilização das demandas em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade?

A análise a respeito do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade, portanto, juntamente com a reflexão a respeito das consequências sistêmicas que o uso de um critério de ponderação possam gerar para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais obriga-nos a adotar um caminho metodologicamente coerente.

Ademais, serão abordados os direitos à privacidade e à liberdade de expressão tendo como enfoques principais o seu histórico, suas espécies e o contexto legislativo existente no Brasil.

Quanto ao histórico dos direitos fundamentais envolvidos, será abordada a teoria clássica, contemplando os direitos fundamentais de primeira geração, os quais representam limites para a atuação do governante, em prol da liberdade dos governados, os de segunda geração, considerados como densificação do princípio da justiça social, e os de terceira geração, caracterizados como direitos que tutelam não só o indivíduo, como também um grupo ou determinado Estado.

Quanto à quarta geração, oportuno mencionar que essa simboliza aqueles direitos relacionados à engenharia genética. Já os direitos consagrados na quinta geração dizem respeito ao direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América).

Ao tratar das espécies inerentes aos gêneros de direitos fundamentais em comento, será analisada a separação entre direito à intimidade e à privacidade, bem como as liberdades de comunicação, de manifestação do pensamento, de informação em geral, de informação jornalística, religiosa e de expressão intelectual, artística e científica.

Após o detalhamento das espécies supramencionadas será abordado o contexto legislativo existente a respeito de possíveis conflitos tendo, por norte, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Mais adiante, será abordada, inicialmente, a teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais sob a perspectiva de Robert Alexy sendo, por consectário lógico, destacadas a vinculação conceitual entre direito e moral, os princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial, a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral e os Direitos Fundamentais de acordo com sua perspectiva.

Em seguida, finalizando o capítulo, será tratada a teoria dos direitos fundamentais proposta por Jürgen Habermas e suas principais críticas à teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy.

Antes, porém, de ser verificada a realidade brasileira, em especial a ADI nº 4815, oportuno o estudo que será realizado a respeito dos principais julgamentos envolvendo tais direitos fundamentais em importantes países do mundo.

Nesse lume, ao ser tratada a ADI 4815 e os direitos em jogo, será abordado o histórico de decisões sobre o conflito dos direitos fundamentais acima mencionados no mundo, tendo como eixos de pesquisa a Suprema Corte Norte-Americana e o Tribunal Constitucional Alemão.

Dentre diversos julgados proferidos pela Corte Norte-Americana, merecerá destaque o caso *New York Times vs. Sullivan*. Já no que tange o Tribunal Constitucional Alemão será abordado o Caso *Lüth*, considerado por muitos como o mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra.

Em seguida, no mesmo capítulo, serão abordadas decisões sobre a temática no Brasil tendo, por referenciais jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal, o Superior

Tribunal de Justiça e julgados tanto de Tribunais Regionais Federais como de Tribunais de Justiça Estaduais espalhados pelo país.

Encerrando o capítulo, serão analisados os direitos propriamente envolvidos no julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4815, a qual trata da inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, em especial, no que diz respeito à necessidade de autorização do biografado para a produção e comercialização das biografias.

Nesse lume, a partir dos elementos colhidos no corpo do texto resta possível questionar o seguinte, a saber: i) É possível constatar a utilização correta da ponderação quando da análise do conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão? ii) quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais?

Para responder aos questionamentos formulados será, inicialmente, colocado o problema a ser enfrentado pelo STF devendo, neste ponto, ocorrer a exposição dos argumentos existentes a respeito da inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002.

A respeito dos argumentos favoráveis à constitucionalidade dos referidos dispositivos normativos será utilizado o parecer proferido pela Advocacia Geral da União. Já no que diz respeito aos argumentos desfavoráveis à constitucionalidade serão utilizados os argumentos defendidos pela Associação Nacional dos Editores de Livro – ANEL e pelo Ministério Público Federal, ao elaborar parecer sobre o caso em tela

Em seguida, será analisada a utilização inadequada, propriamente dita, do critério de ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre direito à intimidade e à liberdade de expressão, onde será possível, de maneira plena, responder aos questionamentos acima formulados.

Será possível, portanto, analisar se a instabilidade nos provimentos judiciais estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão e quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais. Ou seja, além de analisarmos o próprio sistema de valores adotados pela Corte Constitucional brasileira, será possível responder ao problema levantado no início desta introdução.

1 DIREITO A PRIVACIDADE *VERSUS* LIBERDADE DE PENSAMENTO: HISTÓRICO, ESPÉCIES E PANORAMA LEGISLATIVO

1.1 Os direitos fundamentais como problema

Inicialmente, antes de analisar os direitos fundamentais selecionados para a pesquisa, oportuno fazermos importantes ponderações a respeito da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, em especial no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em sua obra “Teoría de los derechos fundamentales”, o autor procurou conceber um teoria integradora, moderna¹ e unitária a respeito dos direitos fundamentais, cuja pretensão consistiu na validade da solução de cada caso concreto, sem que, contudo, fosse impossível contribuir para uma precisa compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.

De acordo com Alexy, a análise da eficácia horizontal simbolizaria o mesmo do que o estudo do significado que as normas de direitos fundamentais têm para o sistema jurídico. Tal significado depende do que o autor chama de fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 520).

Após tratar no que consistiria essas duas espécies de fundamentalidade², Alexy afirma que da interconexão entre as duas espécies de fundamentalidade surge a conclusão de que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre Estado e os cidadãos (relação de direito público), mas também naquelas entre os cidadãos

¹ A respeito das constituições dos antigos, vide obra “de la antigüedad a nuestros días” escrita por Maurizio Fioravanti em que, no capítulo I, descreve a mudança de panorama que levou em conta o fato de que a liberdade dos modernos não deve ser analisada exclusivamente em face de atos do Estado podendo, portanto, ser confrontada com ações/omissões de particulares (FIORAVANTI, 2001).

² Explicando os conceitos, Christian Magnus de Marco (2014) assevera que a “fundamentalidade formal deflui da supremacia formal dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico concebido como uma estrutura escalonada de normas. Situados no ápice do ordenamento, os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente todos os Poderes Públicos”. Discorrendo sobre os dois modelos constitucionais estudados por Alexy – puramente procedimental e puramente material (ALEXY, 2008, 520-523), Christian assim descreve as diferenças entre ambos: No primeiro, “[...] a constituição contém apenas normas de organização e procedimento”. Desse modelo resulta que qualquer conteúdo pode ser direito positivo válido, desde que criado conforme os ritos ou procedimentos estipulados pela constituição. Uma constituição puramente procedimental não determina ou influencia diretamente o conteúdo do direito infraconstitucional. Desde que observados os procedimentos, a vontade do legislador é determinante e decisiva. O direito infraconstitucional pode abrigar qualquer conteúdo. No modelo puramente material, a constituição é composta apenas de normas materiais (e.g., direitos subjetivos e objetivos estatais). Nesse modelo, o direito infraconstitucional é determinado globalmente pelo conteúdo das normas constitucionais. O legislador, ao criar normas, apenas declara ou explicita aquilo que já está contido na constituição. Não há liberdade legislativa de criação e conformação. (DE MARCO, 2014, p.510-511).

(relação de direito privado). Ou seja, os direitos fundamentais são capazes de gerar efeitos sobre o sistema jurídico como um todo (ALEXY, 2008, p.522).

Tudo isso porque, ao utilizarmos o conceito de constituição como conjunto de normas fundamentais sobre direitos dos cidadãos, limites à atuação estatal e organização dos Poderes Públicos, como bem pontua Christian Magnus de Marco, estamos adotando o modelo material-procedimental, o qual serviu de norte para Alexy por refletir a natureza da constituição alemã ao escrever sua teoria (DE MARCO, 2014, 511).

O problema não reside apenas na aceitação hipotética de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos entre cidadãos. As duas celeumas dizem respeito ao modo e à extensão desses efeitos, onde o como é um problema de construção e a extensão é um problema de colisão (ALEXY, 2008, p. 528).

Ou seja, o que gera essas discussões é o fato de que a relação entre cidadãos é qualificada pelo fato de que ambas as partes são originariamente titulares de direitos subjetivos, algo que não ocorre quando se está diante de uma relação entre o cidadão, titular de direitos subjetivos, e o Estado, na condição de ente não titular de direitos subjetivos (ALEXY, 2008, p. 528).

Sobre a questão da construção dos efeitos dos direitos fundamentais, após destacar as três teorias existentes³ e afirmar que por não existir uma construção dogmática unitária no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre cidadãos, Alexy propõe um modelo teórico de três níveis, integrando as teorias da eficácia mediata, com a da eficácia imediata e da imputação de Schwabe (direitos de defesa contra o Estado). Em outras palavras, as teorias não se excluem, contendo aspectos incorporáveis em cada o que possibilita a construção dogmática unitária (ALEXY, 1997, p. 511-524).

Em continuidade, vale o destaque para o fato de que as três teorias tomam em conta (i) que, na relação entre particulares, ambas as partes titularizam direitos

³ Na teoria dos efeitos indiretos perante terceiros, proposta por Günter Dürig em 1953 e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir do caso Lüth (1958), os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, influenciam a interpretação e aplicação das disposições de direito privado. Já no que diz respeito à teoria dos efeitos diretos perante terceiros, formulada por Hans C. Nipperdey e adotada pela 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho, dos direitos fundamentais previstos na constituição “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos” (Nipperdey). A terceira teoria, cujo expoente é Jürgen Schwabe, sustenta que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorrem da vinculação do Estado a esses direitos como direitos de defesa (ALEXY, 2008, p. 529-531).

fundamentais, (ii) que, por essa razão, deve ocorrer a gradação da eficácia e (iii) que a medida da eficácia deve ser delimitada, em última instância, pela ponderação ou pelo sopesamento. Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido.

Explicando os três postulados acima, no primeiro, os direitos fundamentais são vistos como princípios objetivos que se projetam sobre todos os ramos do direito obrigando o Estado a toma-los em conta na legislação e na jurisdição (ALEXY, 1997, p. 516).

Já no segundo, o particular tem o direito fundamental a que o juiz e os Tribunais, ao decidirem, levem em consideração os princípios fundamentais (princípios objetivos) que poiam a posição do particular (ALEXY, 1997, p. 517).

No terceiro nível, a eficácia imediata simboliza que nas relações entre cidadão/cidadão existem concomitantemente os direitos e não-direitos, liberdades e não liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, jamais existiriam (ALEXY, 1997, p. 521).

Após analisar no que cada uma das teorias ajudaria na sua percepção, Alexy conclui que todas alcançam o seguinte resultado: a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é imediata variando apenas o prisma de aplicabilidade⁴.

Analizados os pontos preliminares a respeito da teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy, oportuno destacar que os direitos humanos são “os direitos da pessoa humana, enquanto indivíduo e cidadão, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, com eficácia erga omnes, e que têm origem nos denominados direitos naturais, podendo identificarem-se como direitos transindividuais, coletivos e difusos.

⁴ Exemplificando a conclusão de Alexy, oportuno utilizar a explicação de Christian Magnus de Marco (2014, p. 515) sobre o caso Blinkfüer: “Blinkfüer era um semanário pró-comunista. No verão de 1961, o grupo editorial Springer enviou uma circular a todos os postos de venda sugerindo um boicote àquelas publicações que veiculassem informações sobre os programas de rádio e de televisão das emissoras da República da Alemanha Oriental. Na carta circular, havia uma advertência: o grupo Springer poderia romper relações comerciais com quem não aceitasse a sugestão de boicote. Blinkfüer ajuizou ação contra o grupo Springer alegando concorrência desleal e pedindo indenização por danos (§ 823 do BGB – Código Civil alemão). Nos Tribunais ordinários, o semanário obteve êxito. Contudo, o Tribunal Superior Federal, em sentença de 10 de julho de 1963, decidiu favoravelmente ao grupo Springer, argumentando que o boicote estava amparado no direito à liberdade de expressão do art. 5.1 da GG. Em grau de recurso ao Tribunal Constitucional Federal, Blinkfüer invoca justamente o direito à liberdade de expressão (GG, art. 5.1).

São inerentes à pessoa e devem ser respeitados e implementados pelo Estado”. (FARIAS, 2005, p.157).

Dando continuidade ao raciocínio iniciado, referido Autor vislumbra, em sentido amplo, que a expressão direitos humanos pode ser entendida como gênero das diversas espécies (direitos civis, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outras), sem prejuízo da compreensão do tema (FARIAS, 2005, p.157).

Nessa perspectiva, inquestionável se torna o enfoque sobre uma característica importantíssima dos direitos fundamentais, qual seja: historicidade. Trata-se de direitos concebidos doravante processo histórico constante e paulatino. É o que ensina Norberto Bobbio, para quem além de serem estritamente vinculados à certa circunstância histórica, os direitos fundamentais não necessariamente mantêm a sua classificação intocável pelo transcurso do tempo (BOBBIO, 1992, p.5-19).

Esclarecido este ponto, importante se torna o recorte temporal para o estudo dos direitos fundamentais. Nessa senda, no mesmo sentido apontado por Paulo Farias e outros doutrinadores como Andrade as gerações dos direitos fundamentais serão estudadas a partir da Idade Moderna (FARIAS, 2005, p.157).

Analisando a teoria dos quatro *status* proposta por George Jellinek é possível inferir da leitura em conjunto com a doutrina pátria, encerrando breve reflexão acerca dos direitos fundamentais, que trata-se na verdade do processo histórico de afirmação da pessoa humana e de seus direitos, bem como sua relação em face do Estado. (FARIAS, 2005, p.157).

1.1.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Apesar da importância da *Virgínia Bill of Rights* (1776), da *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen*, da *Magna Charta Libertatum* (1215) e dos demais documentos de franquia concedidos na Espanha, Portugal, Hungria, Polônia e Suécia compartilhamos a opinião de Paulo Farias (FARIAS, 2005, p.162) no sentido de que a “primeira realização concreta dos direitos humanos vem bem depois da Idade Antiga”.

Neste viés, tendo como ponto (incipiente) de partida o direito comunal europeu, fundado na liberdade e na igualdade, passando pela concepção jusnaturalista, pelas doutrinas contratualistas (de Hobbes, Locke e Rousseau), pelos direitos dos ingleses (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* em 1679 e *Bill of Rights* em 1688), pela Revolução

Americana e pela Revolução Francesa com a consequente queda do absolutismo é possível vislumbrar um avanço social no sentido de serem garantidos aos cidadãos o direito à propriedade, a igualdade formal (perante a lei), a liberdade de religião, entre outros direitos onde Estado é obrigado a não intervir na vida privada das pessoas (FARIAS, 2005).

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração, surgidos no final do século XVIII, representam, na perspectiva da doutrina, “limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados” (DIÓGENES JÚNIOR, 2014, p.6).

1.1.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Nota-se, diante de reflexão realizada a partir dos pressupostos teóricos e históricos dos direitos fundamentais de primeira geração que existia, principalmente na Europa, corrente liberal que acabou virando sinônimo de individualismo. Tal característica serviu como mola propulsora de inúmeras e graves desigualdades sociais⁵.

Neste aspecto, não era mais possível manter o individualismo na Europa, o qual gerou preocupantes desigualdades sociais sendo, de um lado, uma minoria detentora dos meios de produção e, do outro, vasta maioria explorada pela excessiva carga horária de trabalho, pelas péssimas condições em seu exercício, dentro diversos outros aspectos (FARIAS, 2005, p.178).

Consequentemente, diante deste contexto fático, oportuno destacar que os direitos de segunda geração podem ser considerados como um aperfeiçoamento do princípio da justiça social. Além disso, simbolizam as reivindicações das classes oprimidas, em uma espécie de compensação, devido à desigualdade extremada que caracterizava as relações com a classe dominante, no caso, a classe empregadora (SARLET, 2012, p. 50).

⁵ A respeito do liberalismo, oportuno destacar que na visão da doutrina especializada, “o Estado moderno, como se sabe, havia nascido em termos absolutistas: a superação das antinomias feudais se deu com a concentração do poder e com o robustecimento das dinastias. A luta política do liberalismo dirigiu-se a destruir o absolutismo, tanto reiterando do rei o poder do pleno, distribuindo-o através dos poderes divididos. Como restaurando sob novas formas a velha ideia de que a comunidade representa a verdadeira fonte do poder. Esta ideia era, agora, anexada à concepção do indivíduo como ponto de partida. E a noção de contrato servia em grande medida para isto: para fundar o poder, a um tempo, sobre a anuência coletiva e sobre a anuência individual” (SALDANHA, 2000, p. 50).

1.1.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Com o passar dos anos a figura do homem-indivíduo fica em segundo plano sendo ressaltada, por derradeiro, a humanidade como algo a ser priorizado (humanidade simbolizando o homem visto como um todo). Vale aqui a ressalva de que a doutrina os qualificam como direitos dos povos (FARIAS, 2005, p.180).

Trata-se de direitos que tutelam não apenas um único indivíduo e sim um grupo ou determinado Estado. Nesta perspectiva revela-se a tutela ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à participação no patrimônio da humanidade entre outros (FARIAS, 2005, p.180).

Na visão da doutrina, simbolizam direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, direitos esses que, no fim do século XX, possuem como destinatário o gênero humano em si mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2006, p. 569).

1.1.4 Considerações sobre os direitos fundamentais de quarta geração

Em que pese a divergência quanto ao conteúdo (enquanto Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992) relaciona os Direitos Fundamentais de quarta geração àqueles relacionados à engenharia genética⁶ a academia, por exemplo, vislumbra os direitos de quarta geração como sendo aqueles relacionados à informação e ao pluralismo) boa parte da Doutrina entende plausível a existência dos direitos de quarta geração, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização (BONAVIDES, 2006).

1.1.5 Considerações sobre os direitos fundamentais de quinta geração

Encerrando a breve exposição das gerações dos direitos fundamentais existe posicionamento doutrinário defendendo (SAMPAIO, 2002) a existência da denominada quinta geração de direitos fundamentais ressaltando este último o direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos (HONESKO, 2008)).

⁶ Nesse mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

Acrescentando ao rol apontado acima de direitos fundamentais, vale o destaque, Paulo Farias menciona o direito a sistemas informatizados como sendo pertencente à quinta geração⁷.

1.2 Os Direitos Fundamentais em jogo

1.2.1 Direito à privacidade

Oportuno iniciarmos a compreensão de direito à intimidade e a que deve ser dada ao direito à liberdade de expressão.

Sobre o primeiro direito, vale destacar que apesar de ser quase sempre considerado como sinônimo do direito à privacidade tal constatação não pode ser utilizada para os fins do presente trabalho uma vez que nos termos da Constituição “o inciso X do art.5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas” (SILVA, 2009, p. 206).

Nesta perspectiva, destaca-se que a privacidade deve ser vista sob uma perspectiva ampla, uma vez que “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” (OLIVEIRA, 1980, p. 50).

Diante de tal cenário, a privacidade reflete “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” (PEREIRA, 1980, p. 40).

Já a intimidade pode ser definida como sendo a “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” (DOTTI, 1980, p. 69).

Em caminho semelhante, tratando a intimidade como algo mais restrito dentro da privacidade, Adriano de Cupis define a intimidade como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma (CUPIS, 1969, p. 115).

⁷ Nesse mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

1.2.2 Direito à liberdade de pensamento

Analisado o direito à intimidade será feito estudo sobre as denominadas “liberdades” (BUENO, 1958), na visão de José Afonso da Silva (2009), existentes para que então seja possível adentrarmos na liberdade de pensamento aqui entendida em sentido amplo, segundo Sampaio Dória (1953, p.27) como sendo “o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”.

Trata-se de “liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes” (COLLIARD, 1972, p. 313), pela qual “o homem tende, por exemplo, a partilhar a outros indivíduos suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.

Destacando o conceito de liberdade de pensamento, imperioso mencionar, a partir da liberdade de opinião (por resumir a própria liberdade de pensamento em suas formas de expressão é denominada pela doutrina de “liberdade primária”(COLLIARD, 1972, p. 316)), as seguintes formas de expressão, senão vejamos: liberdade de comunicação (SILVA, 2009), liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de informação em geral, liberdade de informação jornalística⁸, liberdade religiosa⁹ e liberdade de expressão intelectual, artística e científica¹⁰.

Para José Afonso da Silva, a liberdade de comunicação consistiria em um “conjunto” de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação” (2009, p.243).

Na visão do mesmo autor a liberdade de manifestação do pensamento constitui uma das vertentes externas da liberdade de opinião podendo esta dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes (SILVA, 2009, p.243).

⁸ Na visão de Karl Marx “A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria”.

⁹ Na visão de José Afonso da Silva trata-se das liberdades espirituais, compreendendo como espécies: a) liberdade de crença (liberdade de crença compreende tanto a liberdade de ter uma crença como também a de não ter crença); b) liberdade de culto (aos praticantes das religiões devem ser garantidos os direitos ao rito, cerimônia e ritos específicos) c) liberdade de organização religiosa (diz respeito à possibilidade de organização das igrejas e suas relações com o Estado).

¹⁰ A liberdade de manifestação intelectual, artística e científica está prevista no art. 5º, IX da Constituição Federal de 1988.

Partindo-se do pressuposto de que “informação” designa “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões” e de que, nos dizeres de Albino Greco, “informação” nada mais seria do que “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a liberdade de ser informado”, é possível concluir que liberdade de informação em geral diz respeito ao direito a manifestação do pensamento pela palavra (por escrito ou por qualquer meio de difusão) consubstanciando também no direito dos indivíduos de receber informações para que daí possam ser exercidas as liberdades públicas.

Na visão da doutrina, a liberdade religiosa consiste no conjunto das liberdades espirituais, compreendendo como espécies: a) liberdade de crença (liberdade de crença compreende tanto a liberdade de ter uma crença como também a de não ter crença); b) liberdade de culto (aos praticantes das religiões devem ser garantidos os direitos ao rito, cerimônia e ritos específicos) c) liberdade de organização religiosa (diz respeito à possibilidade de organização das igrejas e suas relações com o Estado).

A liberdade de manifestação intelectual, artística e científica, objeto de análise da presente dissertação, está prevista no art. 5º, IX da Constituição Federal de 1988 ao dizer que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Analisada a extensão dos direitos fundamentais em jogo, bem como delimitados os objetos específicos a serem examinados, oportuno destacar os limites a eles imputáveis.

1.3 A coexistência dos direitos fundamentais envolvidos

Por conta de aspectos de índole metodológica será feita neste tópico a colocação das principais limitações, tanto no que diz respeito ao direito à liberdade de expressão como também ao direito à intimidade.

Inicialmente, no que se infere do direito à liberdade de expressão, oportuno o exame do art. 220, *caput*, da Constituição Federal de 1988 ao disciplinar que 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”.

Especificamente no que diz respeito às limitações sofridas por este direito o §1º do mesmo dispositivo assevera que “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”.

Ou seja, diante da perspectiva normativa e doutrinária¹¹ acima apontadas, a liberdade da expressão – aqui entendida em sentido amplo – sofreria as seguintes limitações: i) proibição do anonimato; ii) imposição do direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem; iii) preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; iv) para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação; v) para que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação; vi) o § 4º do referido artigo restringe a publicidade no que diz respeito à veiculação de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias; e vii) a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão devem respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, conforme dispõe o art. 220, §3º, II da CF.

No que diz respeito ao direito à intimidade, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, tal garantia sofre limitações (MENDES, 2010, p. 473), em especial com base no fato de que “a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical” a tal ditame.

Nessa senda, de acordo com a doutrina, existe restrição à privacidade com o consentimento do indivíduo quando os direitos fundamentais não são passíveis de renúncia plena podendo, entretanto, ser objeto de autolimitações, que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (MENDES, 2010, p. 473-474).

Dentre os desdobramentos possíveis levantados pelo autor acima mencionado, oportuno mencionar dilema, o qual motivou a presente dissertação, qual seja: a confecção de biografias sem autorização dos biografados é fundamentada no interesse público ou no interesse do público?

Ora, em conformidade com as lições da academia temos que tais conceitos, apesar de linguisticamente parecidos, se referem na verdade a conceitos não coincidentes, tanto em significado, como em relação à possibilidade de limitação do direito à privacidade (WACKS, 1980, p. 99).

¹¹ Raciocínio do presente tópico tem por base a obra de Gilmar Mendes (2010).

Em continuidade, o interesse público consiste em “notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade”, ou seja, “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, 2010 p. 475).

Com isso, resta impossível a confusão deste conceito com o de “interesse do público” em que estamos diante de atos que não se destinam meramente, “a atender a curiosidade ociosa do público, mas que vise a se constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade em que vive” (MENDES, 2010 p. 475).

Esclarecidos tais pontos, passemos à análise normativa condizente ao enfrentamento entre direito à liberdade de expressão e direito à privacidade, em especial, no que diz respeito à necessidade de autorização do biografado na confecção de sua biografia.

1.4 Os direitos fundamentais na perspectiva horizontal no projeto da Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, alguns princípios passaram a servir de embasamento para a conduta dos agentes sociais. Tudo isso, vale salientar, objetivando que o então Estado Democrático de Direito não passasse por letra morta.

O princípio da liberdade de expressão, uma conquista obtida pela sociedade após o regime militar, foi consagrado pelo Poder Constituinte de 1988, que fez inserir em seu artigo 5º inciso IV¹² tal diretriz.

No tocante à liberdade de expressão, o constituinte reforça sua importância no artigo 220, sendo tratado neste dispositivo, mais especificamente, o livre exercício do jornalismo¹³.

¹² 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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

¹³ 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 conterá 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.

Apesar da liberdade de expressão estar consagrada em sentido amplo no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, o próprio texto dispõe sobre a proteção à liberdade de comunicação no inciso IX do mesmo artigo, o que possibilita inferir uma distinção inicial entre os conceitos¹⁴.

Nesse diapasão, oportuno frisar que, de acordo com a Carta Magna, resta garantido o direito fundamental de acesso à informação, assegurado, autonomamente, no inciso XIV do artigo 5º da Constituição, que dispõe: “é assegurado a todos o acesso à informação”.

Importante que se destaque o fato de que a Constituição consagra também o princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de evitar a supremacia, no caso em tela, do princípio da liberdade sem limites de imprensa, disposto no artigo 5º, V e X da CF¹⁵.

As limitações citadas acima impostas à liberdade de expressão trazem a necessidade de se respeitar a intimidade, honra e imagem das pessoas, à luz dos direitos e garantias constitucionais, colocam em evidência o conflito entre o “interesse público” e o “interesse do público” resultando em diversas demandas judiciais intentadas diariamente.

Em que pese a amplitude dada pela Constituição Federal de 1988 aos direitos de liberdade, de expressão e de comunicação, tal garantia não pode ser vista de maneira absoluta, estando sujeita à modulação sistemática diante do cotejo de cada situação fática quando há outros direitos fundamentais em jogo.

Nesse contexto, após trazer o panorama legislativo existente na Constituição Federal de 1988, oportuno adentrarmos ao exame da proteção a tais direitos no âmbito infraconstitucional, em especial, no Código Civil de 2002.

Em observância aos ditames expressos na Constituição Federal de 1988, o Novo Código Civil (Lei 10.406/02) tratou dos direitos da personalidade desde o art. 11,

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

¹⁴ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹⁵ Art. 5ª (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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.

encerrando as especificações em seu art. 21, sendo possível notar, portanto, que foi destinando um capítulo específico ao tema.

Nesse lume, o art. 21 do referido diploma dispõe que “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 arcabouço jurídico que visa à proteção dos direitos da personalidade possui, conforme visto alhures, natureza constitucional haja vista que estão intrinsecamente relacionados aos princípios constitucionais.

O Código Civil de 2002 – CC/02¹⁶, em seus arts. 20 e 21 visa à proteção da imagem, da honra e a vida privada dos indivíduos, sejam eles pessoas públicas ou não¹⁷.

Nesse viés, a interpretação literal dos dispositivos acima mencionados permite inferir que qualquer escrito, transmissão de palavra e exposição da imagem de uma pessoa requer sua autorização prévia para divulgação, devendo ser excepcionado esse entendimento se tais atitudes se mostrarem necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Em que pese tais artigos não serem, reconhecidamente, dotados de exatidão, é possível destacar que são considerados direitos subjetivos, cujo objeto é inerente ao titular e seus aspectos essenciais e constitutivos associados à sua integridade física, moral e intelectual (BALTAR, 2013).

Sobre o âmbito de proteção da integridade física, oportuno mencionar que ela abarca a proteção à vida, ao próprio corpo e órgãos ou partes passíveis de separação.

¹⁶BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil de 2002. **VadeMecum**. 13ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁷ “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.

Nesse contexto, está relacionada à autorização ou não de realização de transplantes, exames e tratamentos médicos, por exemplo.

No contexto relativo à integridade moral, a proteção contempla a honra, a liberdade, a privacidade, a intimidade, a imagem e o nome. Já no tocante ao respeito à integridade intelectual, oportuno trazer a lume a proteção ao direito autoral e patrimonial do autor.

Tais garantias, vale dizer, são caracterizadas como essenciais e inerentes à pessoa, acompanhando-a por toda sua existência, inclusive após a morte. Quanto à sua caracterização, tais direitos são considerados como sendo “genéricos, extrapatrimoniais, absolutos, indisponíveis, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, necessários, essenciais e preeminentes” (BITTAR, 1995, p.11-12).

Tomando por base os ensinamentos do referido autor, é possível inferir que o aspecto da generalidade de tais direitos diz respeito, em verdade, à sua concessão a todos indiscriminadamente. Já quanto ao caráter extrapatrimonial de tais direitos, imperioso mencionar que são assim configurados pois não estão sujeitos a avaliação pecuniária.

Dando continuidade a caracterização dos direitos da personalidade, importante destacar que tal modalidade é absoluta, uma vez que devem ser respeitados por todas as pessoas.

Ademais, são considerados indisponíveis, devido à impossibilidade de alienação, renúncia ou limitação, salvo nos casos previstos em lei. Nesse passo, destaca-se, porém, que tal característica não é absoluta porque o titular desse direito pode, por meio de cessão, permitir o uso de sua imagem ou, inclusive, a disposição gratuita do próprio corpo após a morte.

No que diz respeito à imprescritibilidade, essa característica revela que não há prazo para o exercício dos direitos condizentes à personalidade, portanto, não há que se falar em preclusão temporal.

Dando sequência à classificação aqui proposta, os direitos da personalidade dispostos no Código Civil são considerados intransmissíveis, por não se transferirem hereditariamente, apesar de sua manutenção persistir após a morte.

Ao dizermos que os direitos da personalidade são considerados necessários, nada mais estamos a dizer se não que se referem a garantias asseguradas, mediante previsão expressa em lei, a todos os seres humanos. Neste diapasão, são considerados essenciais porque consubstanciam como seus titulares todo e qualquer ser humano, independente de raça, cor, idade, preferências políticas ou religião.

A respeito de sua titularidade, urge salientar que tal título pertence a todos os seres humanos, sejam pessoas naturais, sejam pessoas jurídicas no que tange ao nome, à marca e à honra, etc., podendo buscar sua defesa em seu próprio nome ou por ação movida por seus herdeiros.

Encerrando o panorama a partir do Código Civil de 2002, vale registrar que os direitos da personalidade são classificados ainda como preeminentes, ou seja, possuem preferência diante de todos os outros direitos.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DOS CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO

2.1 Alexy e a Teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais

Após analisar detalhadamente no que o Direito se fundamenta juntamente com a colocação – e consequente explicação de conceitos interpretativos à eles inerentes – oportuno se faz, para o deslinde do presente estudo, a imersão na Teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy.

Tudo isso, vale ressaltar, para que seja possível compreender de maneira apropriada os direitos fundamentais, os quais não podem ser entendidos sem que, contudo, tracemos um paralelo com a moral e com a realidade social, tampouco sem que se faça referência aos fins e objetivos que realizam. Ou seja, os direitos fundamentais sob a perspectiva de instrumentos capazes de alcançar o pleno desenvolvimento e efetivação normativa no plano concreto (MARTINEZ, 1995, p.414).

A filosofia do direito, em especial a positivista do século XX, imprimiu grande consistência ao seu discurso, podendo ser considerado que houve a atualização da análise jurídica dentro dos padrões da filosofia contemporânea, o que afastou, por conseguinte, as ingenuidades do idealismo iluminista do século XVIII que grassavam no direito (SIMON, 2012).

Entretanto, tal premissa fundou-se basicamente no sacrifício da crença na justiça, a qual até então sempre acompanhou os estudiosos da filosofia do direito. Em linhas gerais, a solidez daquele discurso impediu que os juristas pudessem sustentar suas ideias com base em valores superiores ou à razão universal pautada na justiça.

Neste viés, filósofos como Kelsen, Ross e Hart tornaram impossível a busca da justiça tal como no modelo clássico, expondo o uso dos discursos jurídicos como ferramentas de justificação de tomadas de decisões parciais (SIMON, 2012).

É de se considerar, contudo, que uma das formas de vislumbrar a função do direito diz respeito à seguinte construção: se a filosofia política possui como tema principal a guerra, logo, o da filosofia do direito deve, necessariamente, consistir na paz (RICOEUR, 2008).

Ora, o direito nessa perspectiva é a área que permite um lugar na sociedade em que a palavra se sobreponha a violência, mesmo que os litigantes não saiam pacificados do tribunal em que litigam (RICOEUR, 2008).

Nessa perspectiva, o direito é capaz de relacionar o bom e o justo, onde “bom” simboliza querer uma vida boa ao tempo que a “justiça permite isso quando possibilita o distanciamento dos interessados, por meio da instituição do direito, estabelecendo a igualdade formal, na medida em que lida com que se refere ao cada um e não ao tu, típico da relação de amizade” havendo, portanto, o critério de equidade e de igual tratamento para casos semelhantes (SIMON, 2012, p.47).

O problema ocorre quando, a partir do conflito entre “buscar a vida boa” e igualdade formal, surge a justiça formal como mero recurso procedimental da prática legal, distanciando-se, por derradeiro, da garantia do “viver sob instituições justas” (SIMON, 2012, p.47).

O positivismo jurídico do século XX, ao proceder com a eliminação dos discursos sobre a justiça, preocupando-se apenas com a descrição das práticas legais, invariavelmente possibilitou que houvesse tal distanciamento – entre justiça formal e garantia do viver sob condições justas – ignorando, em verdade, o elemento responsável por viabilizar tal ligação, qual seja: a sabedoria prática (SIMON, 2012).

Diante desse cenário, é afirmado que a problemática inerente à aplicação da norma não traduz problema menor, não podendo, por consectário lógico, ser restrita à aplicação mecânica da norma, muito menos aceitar a total discricionariedade no pronunciamento da sentença (SIMON, 2012).

Em palavras simples e diretas, a conjugação entre viver bem em sociedade, justiça formal e sabedoria prática só é possível quando tratamos do problema da interpretação e aplicação do direito, devendo ser abandonado o foco da norma jurídica como objeto privilegiado do direito.

Nota-se que, após o surgimento do positivismo jurídico, houve a necessidade de um modelo epistemológico de controle da racionalidade da aplicação do direito. Tal modelo advém, sob o prisma jurídico, das relações entre o direito propriamente dito e as teorias sobre a possibilidade da argumentação moral racionalmente fundamentada (SIMON, 2012).

Nessa esteira, o teórico Robert Alexy propõe exatamente tal conexão, objetivando a demonstração da existência de relação conceitual necessária entre direito e moral, como isso se dá em razão de elementos racionais e como, no momento da aplicação, a relação racionalmente possível entre direito e moral permite que se supere o tão temido decisionismo por meio da denominada ponderação de valores (SIMON, 2012).

Com isso, nesta parte do trabalho, será analisada a vinculação conceitual entre direito e moral, os princípios como valores e a ponderação como critério incapaz de determinar a decisão judicial e a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral.

2.1.1 A vinculação conceitual entre direito e moral

Em caráter preliminar, importante o destaque para a concepção de que Alexy (2006) entende que o positivismo não nega que haja influências da moral na elaboração ou aplicação do direito consistindo, na verdade, na defesa de que não há conexão necessária entre eles, ou seja, não ocorreria uma conexão aperfeiçoada entre as variáveis.

Objetivando minar a teoria positivista do direito, o teórico do direito supracitado cita a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1968, em que se recorre à injustiça da lei de imigração de 1942, a qual determinava, em seu texto, a perda da cidadania alemã dos judeus emigrados (ALEXY, 2004).

Para o autor, tal decisão representa exemplo interessante, pois revela a negativa de vigência de lei eficaz socialmente com base em argumento moral, declarando, em verdade, a invalidade *ab initio* e não com base na nova constituição. Em linhas gerais, o propósito perseguido aqui é o de demonstrar casuisticamente que a utilização de argumentos morais faz parte do cotidiano dos tribunais (ALEXY, 2004).

Mais adiante, Alexy aborda outra decisão daquele tribunal, proferida em 1973, em que foi aceito, com base em dispositivo constitucional, que, em determinadas circunstâncias, é dado ao juiz criar direito, uma vez que a natureza do cargo não o reduziria a lei, apesar de, na maioria das vezes, eles coincidirem. Assim, o autor buscou a afirmação de que o problema está, na verdade, em aceitar ou não a proposição segundo a qual o direito não se reduz à norma (ALEXY, 2004).

Segundo o autor, tanto um como o outro caso colocados acima reflete o velho problema enfrentado pela filosofia do direito, qual seja: o conceito de direito. Dito de

modo mais claro, temos que o debate sobre a natureza do direito determina a concepção a ser adotada resultando, por conseguinte, na solução dos casos extraordinários (ALEXY, 2008).

Seguindo esse roteiro, o conceito de direito ideal deve se pautar em três elementos: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material ponto que faz Alexy ir além dos ditames positivistas.¹⁸

Nesse viés, a partir dos exemplos destacados, Alexy busca em seu raciocínio aferir se o conceito de direito proposto pela corrente positivista seria o adequado ou não (ALEXY, 2004).

Com o intuito de atingir esse objetivo, o autor aborda a distinção entre dois tipos de argumentos que sustentam as teses da vinculação e da não vinculação entre direito e moral (ALEXY, 2004).

O primeiro diz respeito ao argumento analítico, consistindo, em síntese, no fato de que, enquanto que para os positivistas a vinculação entre direito e moral não é necessidade conceitual, o mesmo não pode ser dito em relação aos não positivistas, ou seja, existe necessidade conceitual na vinculação (ALEXY, 2004).

O segundo argumento diz respeito ao aspecto normativo em que para alcançar determinado objetivo o intérprete pode separar o direito da moral, ou seja, ao analisar a previsão legislativa conseguiria, durante o processo interpretativo, se afastar de aspectos morais, obtendo a norma para determinado caso concreto com base única e exclusivamente nas disposições textuais (visão positivista) ou vinculá-los, ou seja, produzir determinada norma para o caso concreto a partir da interpelação entre o texto da lei e os aspectos da moral. (tese não positivista) (ALEXY, 2004).

Nesta senda, o conceito de direito na visão do teórico alemão integra conteúdo moral, devendo ser embasado por vinculação normativa com a moral, uma vez que esta permite com que se vá além de limitações, chamadas pelo autor, de conceituais (ALEXY, 2004).

¹⁸ Nesse sentido, o professor Henrique Simon (2012, p. 49) assim dispõe: “esse conceito tem de levar em consideração três elementos: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a *correção material* (eis aí o elemento que faz Alexy ir além do positivismo, pois este ignora a ideia de correção material)”.

A respeito da ligação entre os conceitos de direito e moral, a tese da vinculação conceitual pretendida por Alexy é sustentada em cinco pilares básicos, ou seja, cinco diferenciações.

Nesse passo, o primeiro critério consiste em dizer que “é possível trabalhar com um conceito que diga que “o direito dispõe disso” independentemente de a norma ser válida, admitindo, inclusive, que se possa raciocinar a partir de sistema jurídico meramente ideal, que nunca será válido” (SIMON, 2012, p. 51).

A segunda diferenciação consiste na percepção de sistemas jurídicos como sendo sistemas de normas e como sistemas de procedimentos. O sistema de procedimento diz respeito ao “sistema de ações segundo as quais as normas são promulgadas seguindo-se determinadas regras” (SIMON, 2012, p. 51).

Já o sistema de normas refere-se ao “direito como o resultado ou produto dos procedimentos de criação de normas”. De maneira simples, o ponto de vista do observador diz respeito ao intérprete que enxerga o direito como sistema de normas (SIMON, 2012, p.51).

De maneira diametralmente oposta, aquele que vê o direito como sistema de procedimento, privilegiando seu aspecto interno, o faz sob a perspectiva de quem participa do sistema (ALEXY, 2004).

A terceira diferenciação consiste nas perspectivas do observador e do participante sendo explicado que, a perspectiva interna diz respeito àquele que está inserido no âmago da argumentação jurídica em busca da decisão correta tendo, como contraponto, o ponto de vista do observador, em que o agente se preocupa com a sistemática a ser adotada dentro de determinado sistema jurídico (SIMON, 2012, p. 51).

A penúltima distinção diz respeito às conexões classificantes e às qualificantes sendo as primeiras aquelas que sustentam que normas ou sistemas que não incluem determinado critério moral em seu âmago não podem ser consideradas como direito (ALEXY, 2004).

Já as segundas dizem respeito às normas ou sistemas que não seguem determinado ditame moral podendo, entretanto, ser jurídicos consistindo tal circunstância em deficiência jurídica, não moral (ALEXY, 2004).

A última distinção proposta pelo professor de Kiel (ALEXY, 2004) é entre contexto conceitualmente necessário e aquele normativamente necessário. Neste ponto, vale frisar que de acordo com o autor, as possibilidades de combinação entre essas distinções derivam da distinção básica relativa ao ponto de vista do observador e do participante (ALEXY, 2004).

Nesse lume, a tese da vinculação (ou não) do direito à moral em si mesma será determinada a partir da análise de tais perspectivas, quais sejam: a do observador e a do participante (ALEXY, 2004).

Ao abordar, nas páginas seguintes, o exemplo de como deve ser vista a ordem proferida por um grupo exaltado de malfeitores, sempre contrapondo a perspectiva do observador com a do participante, Alexy conclui, no ponto, que o discurso de legitimação gera a exigibilidade de que as regras sejam cumpridas de acordo com os objetivos legitimantes enunciados (ALEXY, 2004).

Nota-se, em sua visão, que ocorre a chamada “pretensão de correção” que, ao alçar a condição de característica do ordenamento jurídico, tornar-se-ia elemento necessário do conceito de direito (ALEXY, 2004). Em outras palavras, o ordenamento necessita de base de sustentação legítima tendo essa base, na visão do autor, conteúdo eminentemente moral.

É importante a menção de que a pretensão de correção corresponde ao primeiro elemento que indica a vinculação necessária entre direito e moral. Mesmo para o observador, que não vê sentido na vinculação quando está diante de norma isolada, o mesmo não pode ser dito quando se depara com o sistema jurídico como um todo.

Em seguida, são destacados os oito argumentos que fazem parte do denominado “argumento de injustiça”: linguístico; argumento de clareza; o da efetividade¹⁹; o problema da segurança jurídica; relativismo; o da democracia ou da separação dos poderes; o da inutilidade e o da honestidade (ALEXY, 2004).

¹⁹ Subdividido, por sua vez, em: conceito positivista que permite a discussão crítica sobre a moralidade do ordenamento e o que afirma que o conceito de direito vinculado à moral em nada ajuda no controle da norma injusta, uma vez que pouco influencia sua aplicação.

Após a análise desses argumentos, o próximo passo do autor consiste em discutir se o sistema jurídico como um todo, na perspectiva agora do participante, pode perder sua qualidade de jurídico caso se torne extremamente injusto (ALEXY, 2004).

Com o intuito de responder essa pergunta, são analisadas duas teorias. A primeira, chamada de teoria da irradiação, diz que a falta de caráter jurídico de normas tidas por substantivas básicas do sistema traz em seu bojo a perda do caráter jurídico das demais normas pertencentes ao sistema e daquelas derivadas (ALEXY, 2004).

Já a segunda teoria, chamada de teoria do desmoronamento, vislumbra que se as normas de determinado ordenamento são consideradas extremamente injustas em grande quantidade, logo, o sistema como um todo desmorona por ausência de regras que o sustente (ALEXY, 2004).

Encerrada tal constatação, Alexy passa a “tratar do problema do argumento dos princípios, que, segundo ele, respeita ao cotidiano do direito (enquanto o argumento da extrema injustiça se aplica apenas em casos extremos). Pelo fato de o sistema jurídico apresentar uma estrutura aberta, são necessários elementos que permitam a integração do ordenamento” (SIMON, 2012, p.65).

Ante a tal constatação, parte-se para a distinção entre regras e princípios, vistos pelo autor como espécies do gênero norma jurídica. Essa distinção e o recurso aos princípios permitem que a relação entre direito e moral seja feita com base em três argumentos, a saber: a tese da incorporação, a tese moral e a tese da correção (ALEXY, 2004).

No tocante a tais teorias, oportuno mencionar que a teoria da correção traduz no instrumento teórico que o faz escapar para a questão do relativismo teórico merecendo, com isso, a menção ao conceito de tal teoria (ALEXY, 2004).

Conforme conceituado, a da correção “mesmo as decisões pautadas em critérios morais aceitos pressupõem também a correção do próprio critério moral. Então, a vinculação do direito com a moral correta se dá por meio da moral que seja racionalmente fundamentável” (SIMON, 2012, p. 71).

Diante do cenário aqui desenvolvido, passa-se à análise da abordagem feita pelo teórico alemão a respeito da visão dos princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial.

2.1.2 Princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial

Com o intuito de tornar clara a vinculação entre direito e moral e que tipo, conseqüentemente, de relação é estabelecida entre essas duas esferas na teoria proposta por Alexy, oportuno o exame da descrição feita por ele a respeito das características das normas jurídicas, valendo o destaque para a distinção entre regra e princípio.

Ao tratar da função dos princípios, Alexy afirma que esses possuem a mesma estrutura encontrada nos valores tornando, as gramáticas dos dois conteúdos mais próximas.

Tal aproximação, vale salientar, possibilita que a argumentação jurídica tenha por base o mesmo raciocínio encontrado na argumentação dos valores. Na visão do teórico alemão, tal premissa resta consolidada quando examina-se dogmaticamente a função dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Em outras palavras, como bem destacado, “Alexy precisa demonstrar que a gramática dos direitos fundamentais, no discurso jurídico dos participantes do sistema, pertence à lógica dos princípios” (SIMON, 2012, p. 72).

O êxito na demonstração de tal vínculo comprova o liame necessário da dogmática jurídica com uma teoria dos valores e uma teoria da argumentação que sejam racionais, no sentido de permitir o compartilhamento e, mais importante, o controle dos discursos que motivam à decisão. Caso reste frustrada tal tentativa, não sendo possível estabelecer tal vínculo, então o discurso sobre valores no direito resta irracional.

Os direitos fundamentais, assim como as demais normas espalhadas pelo sistema jurídico, sofrem o problema da vagueza, não apresentando, por conseguinte, grande diferença em relação às demais normas no que diz respeito à problemática da interpretação.

Entretanto, vale destacar que a vagueza em si mesma não é a causa da grande polêmica que envolve os direitos fundamentais uma vez que ela – a vagueza – não gera maiores delongas teóricas quando há algum consenso sobre o que está sendo regulado.

Os direitos fundamentais, nesse diapasão, possuem como principal problema o fato de que, muitas vezes, não gozam desse consenso sobre o alcance do conteúdo regulado (ALEXY, 2002).

Tal característica levou com que a Corte Constitucional Alemã passasse a adotar posições cujo o objetivo seria o de tentar garantir a racionalidade em suas decisões.

Durante os anos, a Corte Constitucional desenvolveu critérios para a tomada de decisões que envolvessem direitos fundamentais, muitas vezes não previstos explicitamente no ordenamento jurídico, seja constitucional, seja infraconstitucional, fazendo com que tal análise se tornasse, verdadeiro estudo de jurisprudência constitucional.

Colocando críticas como a do uso da tese de que a seção da constituição sobre direitos fundamentais formaria ordem valorativa objetiva, Alexy afirma que a jurisprudência constitucional, em especial a alemã, pode até ter reduzido o problema da vagueza das regulações sobre direitos fundamentais, entretanto, não a reduziu (ALEXY, 2002).

Analisando cuidadosamente o raciocínio do autor é possível inferir que seu objetivo reside na proposição de uma teoria geral dos direitos fundamentais que tenha caráter jurídico, não tratando, nessa perspectiva, de teoria de fundamentação filosófica, sobre a origem histórica ou da função social desses direitos²⁰.

Reconhecendo a crítica proposta por Böckenförde a respeito da problemática da teoria combinada da Corte Constitucional Alemã – em que, para cada julgado, utilizaria modelo diverso pertencente à teoria sobre os direitos fundamentais, não sendo possível que se possa inferir algum sistema nessas decisões – Alexy afirma que tal constatação é capaz de transformar o discurso relativo aos direitos fundamentais em *topoi* muito genérico, servindo de base para sustentar quaisquer proposições (ALEXY, 2002).

Seguindo esse raciocínio, Alexy diferencia o direito fundamental propriamente dito de norma de direito fundamental. Em síntese, para que determinado indivíduo possua direito fundamental é essencial que exista uma norma de direito fundamental.

Entretanto, a norma de direito fundamental não implica, obrigatoriamente, na existência do direito fundamental perseguido, uma vez que pode ser que ela não atribua quaisquer direitos subjetivos (ALEXY, 2002).

²⁰ Sobre o tema, destaca-se raciocínio do professor Henrique Simon (SIMON, 2012, p.73): “O que Alexy pretende é propor uma teoria geral dos direitos fundamentais (relacionando problemas gerais com diversos direitos fundamentais) que tenha caráter jurídico (no sentido de lidar com o direito posto, a dogmática nas suas três dimensões: analítica – a consideração sistemático-conceitual do direito; empírica – a consideração apenas do direito válido, com todos os elementos que envolvem a validade do direito; normativa – relacionada à busca da decisão correta tendo como pressuposto o direito vigente e voltada para a Lei Fundamental de Bonn, quer dizer, daqueles direitos fundamentais que estão positivados nesse documento), não tratando, desse modo, de teoria de fundamentação filosófica, sobre a origem histórica ou da função social desses direitos”.

Tal diferenciação permite visualizar quais são os direitos fundamentais estabelecidos na constituição, assim como qual a sua estrutura para que seja possível a compreensão da sua exigibilidade como norma jurídica da qual resulta o direito subjetivo.

As circunstâncias supramencionadas tornam necessária a discussão a respeito da norma jurídica a partir da diferenciação entre enunciado normativo, ou seja, sua forma gramatical e norma, sinônimo para os presentes fins de conteúdo deontico que pode consistir em proibir, permitir ou obrigar gerando, portanto, a referência do próprio enunciado normativo (ALEXY, 2002).

Nesse viés, quando nos referimos a direito fundamental, nada mais estamos fazendo do que nos referindo àquilo que pode ser extraído da leitura do texto, não sendo possível afirmar que a análise recairia ao conteúdo gramatical em si mesmo.

Encerrada a parte introdutória deste item, oportuno iniciar o exame a respeito de como funcionam e de como se relacionam as estruturas normativas partindo do que deve ser entendido como validade jurídica.

Sobre a validade jurídica para Alexy e, partindo-se da premissa de que a norma jurídica é vista como conteúdo deontico de um enunciado dentro de um contexto pragmático propício para a identificação desse conteúdo, qualquer teoria da validade é possível de ser aqui aplicada.

A grande discussão quanto a validade aparece quando ela depende de um conteúdo ético previsto no próprio ordenamento. Em outras palavras, a afirmação do que é válido depende de outras premissas de validade que não se inferem do conteúdo vinculativo pressuposto ou de quaisquer constatações empíricas mas que, ainda assim, objetivam ser premissas sobre validade normativa (ALEXY, 2002).

A partir desses dados nota-se que o professor de Kiev, para obter sucesso em sua teoria, precisa sistematizar – ao menos tentar no plano teórico – o conteúdo que possibilite o controle racional do processo de decisão necessitando, por derradeiro, explicar o conteúdo dos direitos fundamentais partindo-se do direito positivo.

Neste ponto, importante característica levantada por Alexy consiste na afirmação de que os direitos fundamentais são semanticamente abertos – ou seja, não se sabe o conteúdo de seus termos – e estruturalmente (que espécie de direito está envolvido

podendo incidir desde a atuação do Estado como a geração de direito subjetivo, prescrevendo algo).

Tal característica é que possibilita a Corte Constitucional criar conteúdos semânticos para limitar conceitos normativos. Ademais, resta possível a criação de normas que especifiquem o caráter estrutural da norma de direito fundamental sob exame.

A questão, a partir desse raciocínio, é a seguinte: quais pretensões das normas denominadas *adscritas* – ou seja, aquelas que especificam o caráter estrutural da norma de direito fundamental examinada em determinado caso concreto – são ou não legítimas?

Desprezando os conceitos de validade do tipo jurídico, sociológico ou ético, Alexy conclui que a norma *adscrita* válida de direito fundamental é aquela que pode ser devidamente fundamentada como tal (ALEXY, 2002).

A partir do conceito de normas *adscritas*, Alexy passa a compreender a estrutura das normas de direitos fundamentais, objetivando traçar as possibilidades de suas fundamentações quando não restar claro qual o conteúdo dessas normas, assim como elas são capazes de reger casos concretos.

Neste diapasão, é iniciado o exame a respeito da diferenciação que deve ser feita de regras e princípios valendo o destaque de que ambos constituem normas sendo a eles aplicados as expressões deônticas fundamentais, ou seja: obrigação, proibição e permissão (ALEXY, 2002).

Partindo do critério de diferenciação qualitativo, o teórico alemão afirma, preliminarmente, que regras e princípios possuem diferença de grau. Dizendo de outro modo, as regras são aplicadas a partir do binômio tudo ou nada não podendo duas regras conviver juntas.

Já os princípios constituem, segundo o autor, mandamentos de otimização, ou seja, os conteúdos deles derivados devem ser aplicados o máximo possível com fulcro nas limitações de ordem fática e jurídica (ALEXY, 2002).

No caso de colisão de princípios, existe por parte do autor, a pretensão de que dois ou mais princípios envolvidos em determinada contenda sejam aplicados, entretanto, deve ser ressaltado de que um deles condicionará as possibilidades jurídicas de aplicação do outro.

Nesse lume, as circunstâncias do caso concreto determinam a aplicabilidade considerados, vale destacar, os limites das condições concretas de aplicação existentes. É o que o autor chama de precedência condicionada. Tal precedência não gera norma para todos os casos de conflito entre os princípios valendo, especificamente, para o conflito banhado pelas circunstâncias fáticas hipoteticamente discutidas nesse exemplo²¹.

No tocante à relação de precedência entre princípios, Alexy a separa em duas categorias, a saber: condicionada (um princípio precede outro quando presentes determinadas condições) ou incondicionada (um determinado princípio sempre precede outro). Neste ponto específico, oportuno frisar que, no que diz respeito à precedência entre princípios, Alexy é favorável, em regra, à teoria da precedência condicionada, ou seja, um princípio precede outro apenas quando presentes determinadas condições valendo como exceção, entretanto, a precedência incondicionada apenas quando se está diante do princípio da dignidade da pessoa humana (ALEXY, 2002).

Nesse diapasão, as condições do caso a ser analisado consistem no pressuposto fático de aplicação do princípio, de modo que dessa aplicação resultam consequências específicas.

Diante deste cenário pode-se afirmar que C (as condições concretas) implica R (as consequências jurídicas). Nesse sentido, há o afastamento de um princípio em benefício do outro em razão dos resultados que devem ser atingidos. A importância da consideração dos resultados é o que permite falar em “otimização” (ALEXY, 2002).

A partir dessa concorrência surge o que o autor denomina de colisão de princípios, que envolve, nada mais, que um processo cujo objetivo é o de justificar a prevalência de um sobre os outros, mediante o uso da argumentação, ponderando-se, por derradeiro, os limites – tanto jurídicos como concretos - para o caso (ALEXY, 2002).

A partir de uma situação onde exista colisão de princípios se extrai que, realizada ponderação de direito fundamental – chamada pelo autor de correta – deriva a norma de

²¹ Explicando de maneira completa o exemplo utilizado: Alexy (2002, p. 90-92) utiliza o exemplo do caso do Tribunal Constitucional Alemão em que se discutia a necessidade de realizar audiência de julgamento criminal que punha em risco a vida do acusado, em razão do seu estado de saúde. A corte entendeu que não havia precedência em abstrato de uma das duas normas, devendo ser ponderada a situação no caso concreto. Decidiu que, na situação, a vida do acusado deveria ser preservada. Haveria, assim, dois princípios em conflito: proteção da vida e da integridade física e o da aplicação do direito penal. Desses princípios poder-se-ia derivar duas normas opostas: “está proibida a realização da audiência oral” e “está ordenada a realização da audiência oral”. No caso concreto, apenas uma poderia prevalecer, sem que, contudo, os princípios se eliminem do sistema.

direito fundamental enunciada linhas anteriores como adscrita possuindo caráter de regra que fornece ao intérprete bases para que seja feita a subsunção no caso concreto a ser enfrentado (ALEXY, 2002).

Firmada tal premissa é possível afirmar, por derradeiro, que os princípios possuem aplicabilidade *prima facie*, ou seja, eles não são mandamentos definitivos de aplicação – como ocorre no caso das regras – e sim apresentam razões para serem utilizados no caso concreto, diferentemente das regras que devem ser aplicadas como são ordenadas, sob o prisma de que elas já possuem os caminhos jurídicos e fáticos de aplicação (ALEXY, 2002).

Neste ponto, imperioso abordar a discussão de Alexy sobre o pressuposto de fato da norma de direito fundamental. Destacando o pressuposto de fato amplo (sua leitura deve contemplar, em um primeiro olhar, todas as condutas que possam ser subsumidas ao conceito previsto pelo pressuposto de fato do texto normativo abarcando, por conseguinte maior quantidade possível de ações) e o restrito (excluem do âmbito semântico da norma aquilo que ordinariamente seria por ela abarcado), Alexy acaba por afirmar posição como adepto da primeira concepção (ALEXY, 2002).

A partir da ferramenta interpretativa da ponderação, importante consignar o seguinte. O teórico alemão não pretendeu falar que a determinado caso concreto não poderia ser subsumida norma específica de direito fundamental. Na verdade, o que é dito por ele é que mais de uma situação pode ser subsumida a mais de uma norma e, caso a aplicação do direito fundamental seja afastada, é porque outra norma a restringe naquele âmbito de incidência.

Vale destacar, nesse ponto, que a colisão de princípios só vale para aqueles que já são considerados válidos no ordenamento. Ademais, importa mencionar que os princípios podem envolver tanto os direitos individuais, como também os bens coletivos (ALEXY, 2002).

A lei de colisão de Alexy, conforme mostrado alhures, indica as condições de precedência as quais, por sua vez, determinam qual o princípio a ser aplicado. Nesse viés, para solucionar o caso concreto, é necessário o uso da ponderação dos princípios opostos.

A ponderação, vale registrar, é realizada com base em três subprincípios (ALEXY, 2002)²², a saber: adequação (o meio deve ser capaz de atingir o fim visado); necessidade (entre dois meios aptos a produzirem o fim deve ser escolhido o menos

²² Vale mencionar que os subprincípios da adequação (ALEXY, 2002, p.111-115) e da necessidade dizem respeito à otimização em relação às condições fáticas de aplicação dos princípios em colisão.

gravoso para o outro princípio; proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação em si mesma, em que se determina qual princípio terá prevalência sobre o outro) (ALEXY, 2002).

Nesse momento, Alexy alerta para o perigo que essa relação de princípios e regras possa causar a determinado sistema normativo haja vista que seu uso indiscriminado pode gerar um “modelo puro de princípios” (ALEXY, 2002, p.117) ou um modelo de aplicação estritamente de regras incapaz de aferir a complexidade presentes no suporte fático e jurídico do ordenamento (ALEXY, 2002).

Firme em tal raciocínio, Alexy afirma que para a correta aplicação dos direitos fundamentais é preciso trabalhar com um sistema capaz de possuir como ferramenta interpretativa a ponderação.

Nessa senda, tal sistema deve possuir dois níveis: o dos princípios e das regras. Abordando o sistema de princípios, afirma-se que os “princípios adscritos podem ser de primeiro grau, quando seu conteúdo material é suficiente para argumentos favoráveis à limitação de direitos fundamentais, ou de segundo grau, quando o conteúdo material depende de conteúdo formal de atribuição de competência para que se possa regular a limitação de um direito fundamental.”

Em seguida, o mesmo autor arremata ao dizer:

Assim, pode-se distinguir entre princípios materiais e princípios formais ou procedimentais. O nível dos princípios está sujeito, portanto, a ampla gama de indeterminações, fazendo com que, quando se precisa transitar do mundo abstrato para a aplicação concreta, seja inevitável sopesar princípios, estabelecendo-se relações de preferência (SIMON, 2012, p. 84).

Após demonstrar o caráter dúplice possível em normas que digam respeito aos direitos fundamentais – ou seja, podem assumir tanto a face de regras como a de princípios – Alexy afirma que a lei de ponderação mostra outra característica importantíssima dos princípios, qual seja: sua estreita vinculação com a teoria dos valores.

A ressalva que merece ser feita nesse ponto caminha no sentido de que, para Alexy, os princípios, a partir do momento que são considerados como mandamentos de otimização – ordens – esses pertencem ao campo deontológico (do dever) enquanto que os valores dizem respeito ao conceito daquilo que é bom pertencendo, por derradeiro, ao campo axiológico (ALEXY, 2002).

Alexy trata os princípios como valores intersubjetivamente compartilhados uma vez que são fundamentados em base racional de justificação, apenas possível por meio de teoria da argumentação que segue, portanto, as regras do juízo prático.

Mais adiante, é afirmado que a lei de ponderação, em que pese não levar a resposta definitiva, é capaz de mostrar ao intérprete da norma o que deve ser fundamentado para chegar à resposta ocorrendo a vinculação entre a lei de colisão e a necessidade de argumentação jurídica (ALEXY, 2002).

Após diferenciar normas em regras e princípios e a explicação sobre a lei de colisão e o princípio da ponderação, o teórico alemão inicia a análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais.

Essa análise dos direitos fundamentais, vale lembrar, é essencial, pois a sua estrutura mostra como valores podem fazer parte da racionalidade jurídica e como os direitos fundamentais demonstram a racionalidade das decisões sobre princípios com base em ponderações.

A jurisprudência e as discussões em torno dos direitos fundamentais, quais são e quais as suas estruturas normativas revelam as consequências que o autor vinha procurando justificar.

Inicialmente, são trabalhados os direitos fundamentais como diretos subjetivos. Neste viés, a preocupação de Alexy está ligada aos direitos subjetivos derivados de normas postas, e não sobre a definição ético-filosófica da categoria “direito subjetivo”.

Nesse lume, a dimensão dogmática dos direitos subjetivos gera, de acordo com o autor, dois tipos de questionamentos: se determinada norma, que confere direito subjetivo a alguém, é aplicável a esse alguém numa certa situação concreta; ou se determinada norma válida confere a alguém direito subjetivo, ou seja, se com base na norma alguém pode demandar algo como obrigação de outrem (ALEXY, 2002).

No nível analítico, é possível visualizar o direito subjetivo como a relação de posição conferida pela norma (ALEXY, 2002). No caso dos direitos fundamentais, os direitos subjetivos podem estabelecer três posições jurídicas fundamentais: direitos a algo; liberdades; competências (ALEXY, 2002).

No que tange à concepção de direito subjetivo como liberdade, Alexy entende que esse conceito pode e deve ser entendido com relação à capacidade de ação e, por isso, como uma relação dividida entre o sujeito da ação, o impedimento para que ela se realize e a ação. Essa liberdade pode ser positiva (a liberdade de realizar o que é necessário ou o racional) ou

negativa (liberdade de não ser impedido na escolha da ação a ser realizada; há alternativa para a ação)²³.

Em relação às liberdades protegidas, elas se configuram com um complemento de normas que garantem o exercício da liberdade em questão, acrescentando proteção para além da superioridade hierárquica característica das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2002).

Outro tópico a ser mencionado da teoria dos direitos fundamentais diz respeito às possibilidades de sua limitação. Caso os direitos fundamentais fossem considerados apenas como regras, eles levariam a posições definitivas e, então, não poderiam ser restringidos. Entretanto, caso se adotasse o modelo dos princípios, como os direitos são *prima facie*, então os direitos fundamentais poderiam ser restringidos por outros direitos fundamentais que se lhes opusessem ou por outras normas constitucionais – apenas normas de hierarquia constitucional podem restringir direitos fundamentais (ALEXY, 2002).

Partindo do pressuposto de que as restrições aos direitos fundamentais só podem se dar com fulcro em normas constitucionais ou atribuição de competências constitucionais, resta saber até que ponto um princípio pode ser restringido, ou seja, é possível aferir a existência de um núcleo essencial que imponha um limite para a restringibilidade do direito fundamental em questão? Neste diapasão, duas versões da teoria do núcleo essencial podem aparecer: uma absoluta e outra relativa²⁴.

²³ Sobre tal ponto, salutar mencionar ensinamentos de Simon (2012, p.94-98), senão vejamos: A primeira está mais ligada ao âmbito das teorias morais, mas é a segunda, caracterizadora da liberdade jurídica, que interessa a Alexy. Nesse caso, a liberdade é uma relação triádica em que o sujeito não está impedido de realizar ou não uma ação. Mas, então, a liberdade no sentido jurídico pode ser reduzida ao conceito de permissão, pois, se é dado a alguém praticar ou não uma ação, isso quer dizer que a este alguém está permitido praticar e está permitido não praticar a ação. Dentro dessa linha de ideias, existem liberdades jurídicas não protegidas e liberdades jurídicas protegidas. As não protegidas são aquelas totalmente redutíveis a permissões, no sentido de que é dada ao sujeito da ação a opção de realizá-la ou não. Tais permissões podem ser explícitas (uma norma positiva expressa a permissão) ou implícitas (da ausência de norma proibitiva infere-se a permissão, como no brocardo “o que não está proibido está permitido” – mas sem deixar de levar em conta as proibições implícitas). As normas permissivas de direito fundamental são permissões explícitas. A importância de normas permissivas explícitas de direitos fundamentais é que elas, por sua hierarquia constitucional, estabelecem os limites para que o Estado e os particulares ordenem ou proibam uma ação.

²⁴ Ao tratar com maestria sobre o livro *La Teoria de los Derechos Fundamentales* de Alexy, em especial as fls. 288-291, Simon (2012, 94-98) assim discorre: “A absoluta afirma que a partir de determinado ponto um direito não pode mais ser restringido em benefício da aplicação de outro, sob pena de passar a ser violado. Essa proteção seria absoluta. A relativa afirma que um direito fundamental tem um limite de restrição estabelecido pelo princípio da proporcionalidade, de modo que, quando este é aplicado devidamente, o direito fundamental pode ser, inclusive, totalmente afastado. Alexy tenta mostrar que a versão absoluta pode ser absorvida pela relativa, pois a proteção absoluta pode mostrar que, numa curva de indiferença, tal como anteriormente exposto, não é mais possível aumentar a carga de argumentação em

A discussão sobre as características dos direitos fundamentais resta nítida a partir do momento em que o autor entra na discussão sobre os dois direitos fundamentais mais básicos: a liberdade geral e a igualdade geral.

A partir desses dois direitos torna-se possível estruturar toda a lógica dos demais com fundamento nas funções deontológicas básicas (proibir, obrigar e permitir) e mostrar o caráter relacional desses direitos, como ocorreu na sua apresentação do conceito de direito subjetivo (ALEXY, 2002).

Nota-se, portanto, a necessidade da realização de juízos de razoabilidade sobre critério de igualdade e de desigualdade juntamente com a questão de quem é competente para realizar esses juízos: o legislador ou a corte constitucional (ALEXY, 2002).

Ao se debruçar sobre a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas, assumindo que os direitos fundamentais geram efeitos imediatos sobre terceiros, Alexy nega que tal posicionamento torne desnecessário o direito privado no sentido de que o juiz não estaria vinculado às suas normas, bastando-lhe aplicar as normas de direitos fundamentais.

Ora, o juiz, ao aplicar a norma ao caso concreto, continua vinculado ao princípio do respeito às normas impostas pelo legislador, àquilo que é consensual na dogmática jurídica e aos precedentes.

Nesse prisma, para afastar a incidência da norma de direito privado com base em princípios de direito privado utilizando-se, para tal, princípios de direito fundamental, o juiz assume o ônus da prova que tal providência gera (ALEXY, 2002).

Ao tratar sobre a argumentação jurídica, Alexy afirma que essa respeita questões práticas gerais, portanto, deve vincular-se às funções deontológicas (ordenar, facultar ou proibir).

Nesse diapasão, é caso especial da argumentação prática geral, pois tem de se submeter, em verdade, aos ditames peculiares de vinculação ao direito: sujeição à lei, ao precedente e à dogmática.

favor do princípio concorrente, de modo que existem condições em que não é mais possível afastar a aplicabilidade do princípio. Pode acontecer que a segurança na proteção seja tão alta que em circunstâncias normais seja possível falar em uma proteção absoluta. Nem por isso pode-se afastar a constelação de situações nas quais princípios opostos tenham precedência. A impressão de inafastabilidade surge da segurança ordinária com relação às relações entre princípios, mas não se pode perder de vista a fundamentação relativa a esta proteção”.

A questão que se põe à teoria da argumentação jurídica é a seguinte: as valorações podem ser controladas racionalmente? Nesse viés, são apresentados quatro níveis a serem observados pelo intérprete nessa operação mental²⁵.

Após explorar elementos pertinentes à argumentação como a doutrina e jurisprudência, Alexy afirma que a abertura do sistema jurídico propiciada pela incerteza quanto aos direitos fundamentais nos leva invariavelmente da argumentação jurídica às regras do procedimento da argumentação prática geral.

Entretanto, para que seja possível alcançar a decisão, é indispensável que exista, no sistema normativo, uma instância dotada de autoridade para o controle do conteúdo constitucional, pois só assim o Poder Legislativo não se torna “juiz em causa própria” valendo o destaque de que, na visão do autor, tal instância é bem exercida por uma jurisdição de índole constitucional (ALEXY, 2002).

A questão levantada acima - as valorações podem ser controladas racionalmente? se mostra ainda mais complexa pelo fato de o direito incorporar princípios básicos da filosofia prática.

Isso torna o direito aberto à moral e, como esses conceitos são incorporados pela constituição, o problema da justiça recai também sobre o direito como exigência do próprio ordenamento (ALEXY, 2002). Isso só pode ser alcançado por meio de teoria da argumentação, o que é o objeto de discussão de Alexy no próximo item.

2.1.3 A argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral

Ao tratar sobre a argumentação jurídica, o teórico alemão parte da premissa de que a aplicação do direito não se resume a mera subsunção do fato à norma – reduzindo

²⁵ Neste sentido, Simon (2012, p.94-98) explica: “Para o controle do procedimento argumentativo, são necessárias regras gerais das condições do discurso sobre as regras em geral (nível 1). Mas isso, por si só, não leva a decisões únicas nem ao respeito delas. É necessário, também, certo grau de institucionalização das decisões tomadas para que elas ganhem força vinculativa, e o melhor modelo para isso é o do Estado de direito democrático (nível 2). Contudo, a institucionalização de normas gerais, que institucionaliza regras gerais e abstratas e as torna vinculantes, não garante decisões únicas para casos concretos. Torna-se essencial o processo de argumentação jurídica, que é mais restrito que a argumentação prática geral por ser limitado por critérios institucionais do direito: as leis, os precedentes e a jurisprudência (nível 3). Como a argumentação em si não é institucionalizada, em que pesem as restrições apontadas, a insegurança sobre a determinação dos resultados das decisões ainda é muito ampla, apesar de os resultados serem muito mais seguros que aqueles provenientes apenas do modelo geral de argumentação. Assim, o processo argumentativo também precisa ser institucionalizado, de modo que é necessário o estabelecimento do procedimento judicial que indique as condições para a tomada da decisão concreta para o caso (nível 4). O fato de o quarto nível não determinar a autoridade de conteúdos materiais para a tomada de decisões concretas não prejudica a racionalidade do procedimento, pois as restrições mencionadas atribuem racionalidade e controle ao sistema que leva à decisão, enquanto as questões de conteúdo moral são delimitadas pelas exigências das regras do discurso prático geral”.

a racionalidade jurídica a um simples juízo lógico baseado em silogismo – e sim à questão de metodologia jurídica, ou seja, o importante é decifrar o enigma de como fundamentar a decisão.

Ora, a metodologia adequada nada mais é do que o procedimento capaz de desenvolver decisão correta mesmo quando não segue, seja de modo direito, seja de modo lógico, o conjunto de normas posto juntamente com os axiomas aceitos.

O papel do método jurídico, portanto, é o de traçar formas de fundamentação minimamente aceitáveis para decisões derivadas dos elementos estruturais do direito, tais como: abertura semântica, conflitos entre normas, etc (ALEXY, 1997).

Após destacar que os cânones de interpretação não mais servem isoladamente como critérios de decisão jurídica, o autor passa para a análise do seguinte fato: em casos que envolvam decisão singular de cunho normativo, o intérprete responsável pela propositura da decisão, inegavelmente, é discricionário. Nesse viés, a partir de escolhas possíveis, o intérprete deve adotar a valoração como escolha (ALEXY, 1997).

Vale registrar que a solução desse problema inerente a indeterminação e/ou impossibilidade de controle pelos métodos tradicionais da teoria do direito é importante para que se torne viável a visualização do direito sob o prisma científico, legitimando socialmente, na visão do autor, as decisões jurídicas (ALEXY, 1997).

Partindo de diversos pressupostos – tais como daquele que não é possível a existência de uma ordem objetiva de valores – Alexy nesta parte de seu raciocínio objetiva criar um modelo teórico que seja capaz de produzir argumentos de fundamentação sobre a correção e validade da decisão.

Nesse viés, o teórico alemão objetiva, por meio de uma teoria do discurso, possuir critérios racionais capazes de comprovar sua tese central, qual seja: o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral partindo-se, por óbvio, da premissa de que apresenta condições limitadoras próprias como a sujeição à lei, consideração dos precedentes, concepções dogmáticas criadas institucionalmente e as regras processuais que condicionam as possibilidades de se alcançar a decisão (ALEXY, 1997).

Ao desenvolver sua teoria da argumentação, onde chegou-se a vinte e duas regras de argumentação e às seis formas de argumentos, Alexy acredita ter alcançado uma teoria geral da argumentação racional.

Neste momento, imperioso mencionar que o objetivo de tal compilado de regras diz respeito não à determinação dos resultados da argumentação e sim demonstrar quais são seus limites racionalmente falando (ALEXY, 1997).

Em seguida, são destacadas as diferenças de sua teoria com a tópica, dentre as quais podem ser destacadas: não é objetivo daquele trabalho a busca por um rol de cânones para as decisões judiciais; a teoria da argumentação de Alexy não deixa de lado, ao buscar parâmetros racionais da argumentação, a força vinculante da lei, a dogmática jurídica e os precedentes (ALEXY, 1997).

Delimitando precisamente o raciocínio de Alexy para, em seguida, desenvolvê-lo, é possível afirmar que seu grande objetivo, através de sua teoria da argumentação jurídica, é convencer de modo racional que alguém deva fazer algo simplesmente pelo fato de que se trata de tarefa moralmente correta tendo, por derradeiro, a missão de demonstrar a viabilidade de justificação de proposições jurídicas que não decorrem logicamente de normas, precedentes ou doutrinas previamente estabelecidas (ALEXY, 1997).

O primeiro ponto proposto por Alexy para se chegar à conclusão acima descrita diz respeito ao fato de que o discurso moral constitui atividade guiada por regras as quais permitem a identificação da correção ou incorreção de argumentos (ALEXY, 1997).

Ademais, a linguagem moral, na visão do autor alemão, serve, em verdade, para induzir e direcionar comportamentos não servindo, portanto, para a descrição de algo (ALEXY, 1997).

Tratando da concepção de discurso moral ser entendido como atividade baseada em regras, oportuno mencionar que tal premissa é possível a partir da utilização, por Alexy, das bases filosóficas existentes na filosofia dos jogos de linguagem de Wittgenstein, fazendo constar, portanto, que o significado depende, em verdade, da vivência prática do intérprete, levando ao fato dessa dependência existente para com as circunstâncias fáticas (ALEXY, 1997).

Outra importante conexão teórica a ser mencionada diz respeito a de Alexy com a doutrina de Austin, uma vez que, além de utilizar conceitos como o ato ilocucionário, ambos enxergam o uso da linguagem normativa como meio capaz de se aproximar daquele conceito existente para a linguagem descritiva (ALEXY, 1997).

Imerso no reduto teórico aproveitado por Alexy em sua teoria, oportuno mencionar as considerações absorvidas de Stephen Toulminno sentido de que é possível falar em regras do discurso que caracterizam determinadas asserções sobre fatos como boas razões para certos juízos de valor:

“funcionando como regras de inferência lógica ou premissas de valor a serem aceitas; a ideia de que o juízo de valor completamente formado é a

reelaboração de todo material relevante a partir de certas regras; a concepção de que a argumentação moral deve começar de regras morais aceitas para, em situações determinadas, contestá-las ou não, mas não pode partir do nada; a noção de que é diferente a fundamentação de uma proposição normativa singular da fundamentação de uma regra geral; a ideia de que as regras de um jogo de linguagem podem ser encontradas com base na análise de sua função ou finalidade” (TOULMIN, apud SIMON, 2012, p.102).

Outro referencial teórico importante na construção de Alexy diz respeito ao nível²⁶ da deliberação acerca dos fatos que influenciam o modo de agir estão as considerações embasadas nas normas que podem fundamentar a ação (ALEXY, 1997).

Ademais, é possível inferir a importância da teoria de Baier pelos seguintes aspectos, incorporados por Alexy: estabelecimento da diferença entre regras sobre razões e regras de hierarquias entre elas e a concepção de generalização para que as regras que servem de fundamento possam servir de subsídio para a argumentação eminentemente moral.

A seguir, no que diz respeito ao desenvolvimento de sua teoria do discurso moral, Alexy passa a análise da teoria da argumentação desenvolvida por Jürgen Habermas²⁷.

O primeiro ponto destacado por Alexy, no que diz respeito à teoria desenvolvida por Habermas²⁸ consiste na mudança de perspectiva sobre seu critério de verdade.

²⁶ Sobre as diferenças existentes entre Baier, de um lado, e Toulmin e Hare, de outro, imperioso destacar o seguinte trecho, extraído da obra de Simon (2012, p. 103): Mas, diferentemente de Toulmin e Hare, Baier considera que esse nível de deliberação leva a razões possíveis. Entretanto, dentre essas razões com frequência se encontram razões para agir e não agir. Então, a ação não se dá apenas com bases em razões normativas, mas sim com base nas melhores razões normativas. Nesse caso, as regras que fundamentam as ações têm caráter de presunções. Existindo razão para agir e não agir, é necessário sopesar as razões a favor e contra, de modo que a ação surja com base nas melhores razões.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 e HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia II: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁸ Sobre o contexto pertinente à teoria habermasiana, oportuno destacar o seguinte trecho, senão vejamos: “Na pós-modernidade, portanto, o hermeneuta assume uma tarefa árdua, já que deve buscar na interpretação a solução mais justa para cada caso; deve pautar-se em ideais históricos, sociais, econômicos e, sobretudo, no fato de que a pós-modernidade tem o homem como o centro de sua atenção. Essa época visa, portanto, a proteção e a garantia da dignidade da pessoa humana. O hermeneuta baseia, então, suas interpretações nessas noções principiológicas, as quais dão maior abertura e flexibilidade à atividade interpretativa. É nessa perspectiva de dissenso e de consenso, de pluralidade de viveres, que Habermas constrói sua teoria do agir comunicativo e como esta pauta-se em bases democráticas. São essas bases democráticas que revestem os indivíduos da capacidade de exigir prestações estatais a fim de verem seus direitos assegurados e / ou protegidos. Nesse sentido assume incontestemente relevância teórica discutir a noção de verdade postulada por Habermas, assim como as suas concepções de consenso de democracia, uma vez que repercutem de forma direta na maneira de se fazer o Direito na pós- modernidade”. Bispo, Vanessa Freitas. **A verdade na perspectiva habermasiana: noção de consenso como base para uma democracia participativa.**

Nesse lume, verdade nada mais seria do que aquilo alcançável a partir do consenso haja vista que o conhecimento dos fatos só pode se dá por meio da linguagem.

Uma importante ressalva a ser feita neste momento diz respeito à possibilidade de vislumbrarmos a aproximação das noções de verdade descritiva e de verdade normativa. Resumidamente, em ambos os termos ocorre a pretensão de correção.

Após relatar a dicotomia resultante da ação e discurso, em que o pensamento de Austin é utilizado como referência teórica, Alexy aborda a lógica da argumentação a partir de Habermas que, ao partir da premissa de que como as regras a serem justificadas não se inferem dos atos de fala que elas validam, os passos, por derradeiro, da regra para o ato de fala performativo necessitam de justificação, de modo que a sua pretensão de validade seja reconhecida de fato.

Nesse diapasão, o sistema linguístico compartilhado define, na perspectiva de Habermas, o que pode – ou não – ser usado como fundamento, valendo mencionar que o ponto central para o presente estudo consiste em sua concepção de que o consenso argumentativamente produzido poderia alterar e substituir essa linguagem de fundamentação. Tudo isso, a partir da caracterização do princípio de universalização²⁹ (SIMON, 2012).

Partindo desse pressuposto contrafático – situação ideal de comunicação – os integrantes do processo de argumentação apresentam, ao falar, as pretensões de compreensibilidade, veracidade, correção e verdade. Ou seja, o objetivo perseguido aqui é o de que a argumentação seja fundamentável racionalmente (ALEXY, 1997, p. 133).

No que tange ainda aos modelos teóricos que serviram de subterfúgio para elaboração da teoria proposta por Alexy da argumentação jurídica como caso especial da moral, imperioso mencionar a Escola de Elangen.

Nas palavras de Simon, trata-se de escola teórica cujo pensamento consistiria na possibilidade de “construir linguagem lógica que não usasse a linguagem ordinária como

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11856>. Acesso em: 23.set.2015.

²⁹ Sobre o conceito de princípio da universalização, Simon (2012, p. 105) afirma que “esse princípio exige que a decisão que procura vincular a todos deve ser estabelecida na situação ideal em que nenhum participante sofra qualquer coação, de forma que a decisão só pode ser aquilo que todos podem querer. Isso quer dizer que esta seria a norma que atende a necessidades e interesses de qualquer indivíduo e que podem ser aceitas por todos os indivíduos.”.

pressuposto, evitando-se, assim, passos lógicos e pressuposições infundadas” (SIMON, 2012, p. 106).

Diante de tal pressuposição “cada inferência deve ser devidamente fundamentada e, quando isso não é possível, deve-se tentar recomeçar a construção de novo sistema também fundamentado a cada passo (daí entenderem esse método como construtivista)” (SIMON, 2012, p. 106).

No que diz respeito aos dois modelos teóricos destacados, oportuno mencionar que, enquanto para a Escola de Erlangen a adesão às regras do discurso consiste em ato de vontade, o mesmo não pode ser dito a partir de Habermas, teórico que acredita que a adesão às regras do discurso não diria respeito a simples ato de vontade, e sim em condição embutida em todo ser racional quando necessita participar de diálogo, mesmo que possua como objetivo burlar as regras.

Sobre o tema, é feita adiante crítica ferrenha no sentido de que os seguidores de Habermas, ao praticarem o discurso prático definido por tais regras, estariam dando cabo à eliminação pacífica de conflitos (ALEXY, 1997, p. 146).

O último prisma teórico utilizado por Alexy consiste na teoria da argumentação desenvolvida por Chaïm Perelman, a qual pretende reutilizar a retórica clássica como instrumento hábil para análise dos discursos atuais devendo existir – por consectário lógico – as devidas adaptações (SIMON, 2012).

Nesse lume, Simon afirma que “sua intenção é acrescentar à análise lógica formal a análise lógica do discurso prático. Para tanto, procura estudar a estrutura dos argumentos práticos em geral e propor metodologia para tal análise. Sua teoria possui, portanto, uma parte analítica e uma parte normativa”. (SIMON, 2012, p. 107).

Partindo do conceito chave de auditório – diz respeito a um conjunto de pessoas cuja adesão se pretende obter através do discurso – importantíssimo diferenciarmos a argumentação prática da análise lógica formal.

Na análise lógica formal, o lógico deve realizar demonstrações – provar fórmulas que se possam deduzir de axiomas aceitos – a partir de ditames de inferência. Já na argumentação prática, necessária se torna a aceitação tanto das premissas quanto dos passos para a prova do argumento (PERELMAN, 1996, p. 481).

Ou seja, no Direito a pessoa não apenas deduz algo mas sim argumenta devendo seu raciocínio se embasar em raciocínios alheios à pura demonstração matemática porque deve tratar questões de fato, os quais não pode resultar de raciocínios estritamente formais (PERELMAN, 1996, p. 472).

A respeito do referido pensamento, Alexy retira três pontos, em seguida considerados em sua teoria da argumentação jurídica, a saber: proximidade entre a situação ideal de diálogo proposta por Habermas com o conceito de auditório universal de Perelman, as quais indicam que o consentimento quanto à existência da norma é fundamental para a sua generalização; a argumentação, mesmo quando voltada para um auditório universal, deve ser fundamentada em condições históricas e sociais concretas; e a impossibilidade de apontar um único resultado correto de maneira definitiva, impondo reconhecer que deve existir tolerância e a abertura à crítica nos diálogos. (ALEXY, 1997, p.156-172).

Alexy, após descrever os principais aspectos de interesse dos modelos teóricos apresentados, passa a expor com base nas conclusões e considerações descritas nesses pontos sua teoria da argumentação geral valendo relembrar que seu objetivo culmina na demonstração de que é possível falar de uma teoria geral do discurso prático racional.

Partindo do pressuposto de que o discurso deriva de um fundamento e que esse pode ser questionado buscando-se novas razões para aceitá-lo, tal situação pode gerar a regressão ao infinito, gerando insegurança a atividade intelectual a ser desenvolvida pelo intérprete.

Nesse viés, o modo capaz de minimizar esse problema consiste na elaboração de critérios racionais para as exigências de fundamentação na norma. Dito de outra maneira, regras para o processo racional de argumentação devem ser criadas (SIMON, 2012, p. 111).

Inicialmente, são caracterizadas as regras fundamentais do discurso as quais consistem nas possibilidades de qualquer comunicação racional, ou seja, proibição de contradição, crença naquilo que se afirma, dentre outros.

Mais adiante, o professor de Kiel aborda as regras da razão, segundo as quais quem afirma algo – podendo consistir tanto em pretensão descritiva, como pretensão normativa – objetiva que o conteúdo afirmado seja correto.

A racionalidade do discurso, portanto, consiste na possibilidade de fundamentar a afirmação ou, em sentido oposto, fundamentar a impossibilidade de o fazê-lo.

No âmago do critério subjetivo, vale frisar, os sujeitos do diálogo devem ter voz, expressar seus respectivos pontos de vista e estar livres de qualquer coerção (SIMON, 2012, p. 111).

Após tratar a respeito do ônus da prova – de acordo com o professor de Kiel, o ônus da prova pertence, em regra, àquele que pretende alterar as afirmações – Alexy passa a abordar as formas de argumentos chegando, a partir dos conflitos que dali podem surgir, nas regras de prioridade sobre os fundamentos.

Partindo do fato de que em determinada hora a cadeia de fundamentação tem de parar, exigível se torna a existência de regras para a aceitabilidade –racional – dos pontos de partida. Elas têm a ver com o princípio da generalização.

Em síntese, trata-se de instrumento capaz de conferir a racionalidade de todo o procedimento, ou seja, são as regras de fundamentação dos argumentos, responsáveis, por sua vez, pelo conteúdo das proposições e regras a serem então fundamentadas.

Sobre esse ponto, necessário enunciar o seguinte trecho da obra de Alexy:

- (5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder passar pela prova de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa por semelhante prova:
- a) se mesmo que originariamente se pudesse justificar racionalmente, tenha depois perdido, contudo, a sua justificação, ou
 - b) se originalmente não se podia justificar racionalmente e tampouco se pode aduzir novas razões que sejam suficientes. (...)
- (5.2.2) As regras morais que servem de base para as concepções morais do falante devem poder passar pela prova de sua formação histórica individual. Uma regra moral não passa em semelhante prova se se estabeleceu apenas sobre a base de condições de socialização não justificadas (ALEXY, 1997, p. 199-200).

Após tratar a última regra de fundamentação de Alexy, no sentido de que o discurso prático está voltado à resolução de problemas práticos, é feita importante reflexão no sentido de que as regras do discurso prático racional só podem ocorrer aproximadamente, ou seja, há sempre a possibilidade de que regras incompatíveis entre si possam ser, ao mesmo tempo, justificadas.

Essa reflexão gera consequência inegável, qual seja: para que o grau de arbitrariedade das decisões seja diminuído, é essencial que se institucionalizem as normas

que permitam o controle do processo de decisão. Tal consequência é igualmente possível a partir da regulação das condições fáticas para os processos de tomada de decisão sobre casos concretos (ALEXY, 1997, p.175-202).

Para que possa ser compreendida a argumentação jurídica como caso especial da argumental prática racional, oportuno mencionar que esse mecanismo já parte limitado, dispondo de regras que não podem ser colocadas em cheque em determinado momento.

Nesse lume, os interessados podem agir estrategicamente, buscando decisões que lhes sejam vantajosas ao invés de decisões justas ou corretas. A respeito da tese do caso especial, Alexy aponta três argumentos sob os quais esta pode ser atacada.

Inicialmente, é dito que as contendas relacionadas ao universo jurídico não tratam de questões práticas. Ademais, afirma-se que, caso por ventura tratem, não existe como objetivo a correção. Por fim, caso seja admitida tal pretensão, os limites impostos juridicamente ao processo argumentativo não autorizam que tal procedimento possa ser considerado como “discurso” propriamente dito (SIMON, 2012, p. 114).

Segundo Alexy, é necessário expor regras que decidam a questão. Nesse viés, são obrigatórios tantos passos de dedução quantos forem necessários para demonstrar a aplicação da regra geral sendo necessário, portanto, explicitar o maior número de passos possíveis³⁰.

Após tratar do âmbito de aplicação da justificação interna e da justificação externa, Alexy indica seis regras de justificação, quais sejam: regras e formas de interpretação; argumentação dogmática; uso de precedentes; argumentação prática geral (racionalidade); argumentação empírica e as formas especiais de argumentação jurídica.

A aplicação das normas gerais depende do uso tido como estável dos termos técnicos ou de linguagem comum que as formam. Nesse ponto, os cânones de interpretação são extremamente importantes para a argumentação jurídica.

Nota-se sua essencialidade haja vista que graças à eles é possível especificar as formas de argumentos utilizados na argumentação jurídica como um todo. Esses

³⁰ Sobre o tema, oportuno mencionar que todas essas exigências normativas para a justificação interna se relacionam com a segurança que o respeito à universalização proporciona. Nesse viés, tais reflexões fazem parte das ditas regras e formas da justiça formal. Por sua vez, a justificação externa pode ser tanto de uma norma de direito positivo, de premissas empíricas como de premissas que não pertencem a nenhum dos dois âmbitos valendo o destaque para o importante fato de que as três formas de fundamentação se inter-relacionam” (SIMON, 2012, p. 116/117).

argumentos podem ser do tipo semântico, em que se usam as regras de uso da linguagem para a estabilização dos significados.

É possível vislumbrar que em se tratando de aplicação da norma a casos concretos, são necessários outros critérios de interpretação que possibilitem a afirmação sobre a aplicação da norma geral diante, em especial, do predicado caracterizado por Alexy como duvidoso.

A espécie de argumento de interpretação capaz de complementar tal argumento do tipo semântico está relacionada à vontade do legislador. Neste lume, existem duas formas de ver a vontade do órgão que cria a lei: a primeira é a vontade subjetiva, o que ele queria ao criar a norma geral; a segunda é o que ele pretendia alcançar com a norma.

No último caso, vale destacar que se determinado meio é necessário para atingir um fim, então ele é normativamente exigido.

Caso não seja possível determinar a vontade do legislador, é possível recorrer ao argumento histórico, em que, para alcançar determinado resultado no presente, parte-se daqueles conhecidos anteriormente para saber se determinada resposta é desejável ou não.

Nesta linha de raciocínio, é possível, na visão de Alexy, recorrer ao argumento comparativo, em que se busca a comparação com o que ocorre em outra sociedade. Esse argumento tem a mesma função e estrutura do argumento histórico.

Após abordar a argumentação sistemática, teleológica objetiva, dentre outros aspectos inerentes a tais espécies, Alexy cita a dependência entre cânone do contexto em que situado o intérprete da norma, tratando-os, na verdade, como esquemas de argumentação, dos quais se extraem argumentos que se seguem logicamente a partir de uma regra pressuposta. Trata-se, por consectário lógico, de formas de argumentos, caracterizando a essência, ou seja, a estrutura do ordenamento jurídico.

Tratando das funções distintas – e possíveis – dos cânones, Alexy propõe que, em se tratando de argumentos que estejam baseados em cânones diversos, devem prevalecer os argumentos que deem preferência à aplicação do direito vigente (ALEXY, 1997).

A decisão, vale frisar, fica a cargo dos participantes da discussão no momento, devendo ser tomada com base no discurso racional, o que significa que a preferência é mantida como regra *prima facie* e só é afastada em razão da argumentação racional concreta que pode ser estendida para outras situações equivalentes.

Conclui-se disso que o peso dos argumentos possui relação proporcional às regras de ponderação – dependendo dessa – as quais distribuem a carga e os ônus dos argumentos, o que Alexy considera como regra da argumentação jurídica (ALEXY, 1997).

Nesse viés, além de entender o uso dos cânones na argumentação jurídica, salutar se faz analisar o papel da dogmática jurídica. Ou seja, o objetivo aqui é o de analisar como são produzidos os argumentos dogmáticos.

O critério de compreensão da dogmática, portanto, deve ser dividido em cinco condições (ALEXY, 1997). Após analisar detalhadamente as cinco condições por si propostas, é possível vislumbrar importantes conclusões a respeito da dogmática jurídica.

Ora, a dogmática jurídica, conforme é possível extrair da obra de Alexy, nada mais é do que o conjunto dos enunciados que se referem à norma válida e à aplicação, sem se reduzir às suas descrições, em relação de coerência, formuladas dentro da ciência jurídica institucionalizada e com conteúdo normativo (ALEXY, 1997).

Após caracterizar a dogmática, Alexy passa a classificar seus enunciados. Iniciando a abordagem pelos conceitos normativos, passando por aqueles relacionados à ciência jurídica institucionalizada, bem como fazendo referência aos enunciados normativos que não decorrem da lei, os que descrevem e caracterizam estados de coisas e os princípios, Alexy, especificamente a respeito dos princípios, afirma que os “princípios são enunciados normativos de um nível tão alto de generalidade que, por regra geral, não podem ser aplicados sem se acrescentar premissas normativas adicionais e, na maioria das vezes, experimentam limitações através de outros princípios”(ALEXY, 1997, p.249).

No que diz respeito ao uso dos enunciados dogmáticos, eles podem ser utilizados, vale destacar, sem embasamento ou com o apoio de outras premissas que o sustentem. Não deve ser interpretado como equivocada a utilização de enunciados não fundamentados, pois eles podem ser de aceitação geral. Todo sistema de argumentação depende, em verdade, de enunciados que funcionem como verdadeiros axiomas, pois é impossível, na visão de Alexy, fundamentar tudo a todo o momento.

Quando é essencial a fundamentação de um enunciado dogmático que não pode se basear em outro enunciado da mesma espécie, é crucial o recurso a argumentos práticos gerais. Isso ocorre haja vista que nem todos os enunciados dogmáticos podem ser derivados das leis ou de argumentos empíricos em si mesmos.

Outra constatação importante que deve ser explicitada nas presentes linhas diz respeito ao fato de que fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos são coisas distintas.

A fundamentação, conforme bem colocado, “ocorre quando o enunciado deriva de outros enunciados”. Já a comprovação “tem lugar quando se questiona se um enunciado que deriva de outro pode ser aceito” (SIMON, 2012, p.122).

A caracterização da dogmática, em parágrafos anteriores exposta, mostra como é possível a obtenção de resultados práticos, os quais não seriam possíveis com a utilização exclusiva da argumentação prática geral, mas que estão de acordo com as exigências dela.

Nessa senda, resta plenamente possível que ocorra o uso instrumental indevido da argumentação dogmática, entretanto, tal circunstância pode ocorrer em qualquer tipo de discurso. A partir de tal constatação, o modo de ao menos controlar essa possibilidade é ter em mente os ditames orientadores do discurso prático geral os quais direcionam o processo de decisão.

Para que isso seja possível, salutar se faz que não se perca de vista a necessidade de fundamentação dos enunciados dogmáticos. Tal fundamentação, diga-se de passagem, pode ser realizada com base em outros enunciados dogmáticos aceitos, conforme já visto. Mais do que isso, tal embasamento é feito tendo como ponto de partida interpretativo justamente os argumentos práticos de tipo geral (ALEXY, 1997, 240-261).

Além da utilização dos argumentos dogmáticos como característica do discurso jurídico racional, há, também, de acordo com o autor, o uso dos precedentes. Tudo isso com o intuito de consolidar caminho racional que o interprete da norma deverá percorrer ao decidir o caso concreto de determinada sociedade (ALEXY, 1997).

Nesse lume, crucial para o deslinde do estudo a análise, ainda que brevemente, da utilização dos enunciados práticos gerais para a fundamentação dos discursos jurídicos.

Os enunciados práticos gerais servem como subsídios que formam o discurso jurídico, na perspectiva de Alexy, nas seguintes hipóteses: i) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a dita saturação das distintas formas de argumentos; ii) ao servir como subsídio da eleição das distintas formas de argumentos que levam a diferentes resultados; iii) na fundamentação e conseqüente comprovação de enunciados dogmáticos experimentados; iv) na fundamentação dos procedimentos interpretativos do

distinguishing e *overruling*, e; v) diretamente na fundamentação dos enunciados a utilizar na justificação interna (ALEXY, 1997).

Ademais, constata-se tanto a possibilidade de se utilizar argumentos propriamente jurídicos, como os enunciados dogmáticos e os precedentes, como também em casos que possuam em seu âmago fundamentação de argumentos que levam a resultados diversos.

Quando se está diante de tal conjuntura, Alexy afirma que o intérprete deve recorrer às regras da ponderação. Entretanto, mesmo que sejam utilizados precedentes e enunciados dogmáticos, isso não afasta, em sua visão, a argumentação prática geral.

Tal afirmativa, vale destacar, ocorre com base em determinados motivos levantados por Alexy em sua obra, a saber: a base do discurso jurídico se dá sobre a base da natureza do discurso prático; ambos os tipos de discurso apresentam a pretensão de correção; há coincidência estrutural entre as regras e as formas dos dois tipos de discurso havendo sempre a necessidade da argumentação prática no desenrolar da argumentação jurídica, pois é necessário recorrer a enunciados da argumentação prática geral no curso da argumentação jurídica e haja vista que muitas vezes os enunciados eminentemente jurídicos utilizados podem embasar as pretensões em confronto, mesmo que eles não sejam necessários, o que nos faz inferir nesse ponto ser essencial a busca por premissas normativas embasadas no discurso prático geral (ALEXY, 1997).

Após a apresentação das relações possíveis entre o discurso prático geral e o discurso jurídico e de suas especificidades, é possível a constatação de que, se por um lado, o discurso jurídico não elimina a necessidade do discurso prático geral, por outro o discurso prático geral analisado isoladamente não permite, tampouco, alcançar decisões estáveis e seguras.

Tal fato acontece porque as normas presentes no discurso prático geral direcionam a racionalidade do processo argumentativo sendo que, dentro da margem do racional, muitas premissas são possíveis e tais regras não determinam, por derradeiro, quais as premissas iniciais devem embasar o acordo discursivo.

Ademais, não há que se falar em regras para a tomada de decisão dentro do rol das possíveis, bem como não existem regras para sua permanência, ou seja, a atividade decidir e de dar estabilidade às decisões torna-se muito precária.

Mais adiante, é possível inferir que, na percepção do autor, tanto o direito como o discurso jurídico possibilitam a denominada institucionalização das condições

normativas que são essenciais sobremaneira para a tomada de decisão, o que, apesar de reduzirem as possibilidades de divergência, em momento algum elimina por completo a incerteza que circunda o enfrentamento da questão.

Apesar de não ceifar a incerteza inerente à aplicação do direito, é possível entender, contudo, que o direito, juntamente com o discurso jurídico, limita o rol de possibilidades de alternativas racionalmente viáveis ao intérprete a partir da redução de pontos de partida e de procedimentos aceitáveis (ALEXY, 1997).

Outro elemento que controla a validade do discurso jurídico é a pretensão de correção, ou seja, as normas são tomadas, na maioria das vezes, como válidas. Nesse ponto, é realizada reflexão no sentido de tentar colocar em pé de igualdade, quanto à amplitude, a racionalidade do discurso jurídico e a do discurso prático geral.

Para que isso pudesse ocorrer, em um plano teórico ideal, seria necessário que as regras gerais do discurso prático fossem aplicadas à atividade legislativa e esta, por conseqüência lógica, precisaria buscar a racionalidade discursiva da normatividade social. O direito positivado, vale frisar, lida com as normas válidas oriundas do Poder Legislativo, elementos limitadores da discussão (ALEXY, 1997).

Nesse lume, Alexy afirma que os juristas podem contribuir para a realização da justiça e da razão, entretanto, tal possibilidade não ocorre de maneira isolada, pressupondo, por derradeiro, uma ordem social que seja justa e racional (ALEXY, 1997, p. 280).

Após demonstrar as características específicas do discurso jurídico, Alexy elenca as relações existentes entre este tipo de discurso e o discurso prático geral, com o intuito de demonstrar que as especificidades do direito são, na verdade, modos de realizar as regras do discurso prático geral.

No que tange a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral interessa-nos, dos três pontos levantados por Alexy a respeito da teoria de Perelman, analisar se a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando voltada para um auditório universal, está fundamentada em condições históricas e sociais concretas nos julgamentos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão.

Neste sentido, as regras e formas de aplicação interna cumprem seu dever de realizar a regra de universalização, o que no direito é feito pela regra de justiça formal - “tratar o igual igualmente” -, pela analogia e pelo uso do precedente.

Os cânones de argumentação jurídica ao consistirem em opiniões já aceitas nada mais fazem do que vincular o discurso à algo que, conforme dito acima, confere estabilidade a esse discurso.

No mesmo sentido, a dogmática serve para dar estabilidade ao que é aceito juridicamente, a partir de opiniões bem fundamentadas e compartilhadas sobre conceitos e institutos do próprio direito.

Diante da exposição dos problemas e eixos centrais de discussão presentes na teoria proposta por Alexy, resta evidente que o resultado que ele se propõe alcançar é recuperar a racionalidade sobre os discursos morais para o direito, tentando, por derradeiro, superar o relativismo “pessimista” deixado pelo positivismo normativista de meados do século XX, com o seu conseqüente decisionismo.

A questão que fica é saber em que medida a recuperação da racionalidade do discurso moral realizada por Alexy, que tem seu principal ponto de apoio na possibilidade de juízos de ponderação, é capaz de superar ou mesmo compreender os limites da racionalidade jurídica.

Neste diapasão, serão abordados os eixos do pensamento de Habermas condizentes à crítica feita em relação à teoria de Alexy com o intuito de, mais adiante, ser possível o enfrentamento das constatações obtidas com o *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal e prospecções quanto à ADI 4815.

2.1.4. Os direitos fundamentais na perspectiva de Robert Alexy

Após tratar da vinculação entre direito e moral, dos princípios como valores, a ponderação como critério de decisão judicial e a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral, oportuno neste ponto analisarmos a complexidade dos direitos fundamentais na percepção de Robert Alexy.

Em seu livro “Theorie der Grundrechte”, escrito em 1984, é possível notar sua influência sobre a teoria constitucional contemporânea, inclusive a presente no Brasil. Nessa senda, vale destacar, serão colocados os principais pontos de sua teoria, de modo a tornar mais claro o fundamento das críticas de Jürgen Habermas.

Partindo da publicação da Teoria dos direitos fundamentais, Alexy constitui o denominado constitucionalismo discursivo. Trata-se de teoria que relaciona o conceito de ponderação com os de direitos fundamentais, de discurso, de jurisdição constitucional e de representação (ALEXY, 2005).

Cada uma dessas ideias está intimamente ligada à outra, de modo que a compreensão do sentido da ponderação exige prévio conhecimento dos outros conceitos.

De acordo com o autor, existem duas construções principais de direitos fundamentais: uma estrita e outra ampla. Na verdade, vale frisar, é dito que essas duas construções não se realizam de forma pura, o que não quer dizer que não haja uma nítida diferença entre elas (ALEXY, 1994)³¹.

Na primeira abordagem, ou seja, na concepção estrita, os direitos fundamentais equiparam-se a regras jurídicas. Embora se posicionem no grau mais alto do ordenamento jurídico, não se distinguem, tanto do ponto de vista estrutural como no modo de sua aplicação, das demais normas jurídicas.

A sua característica definidora, importante que seja dito, consiste no fato de que protegem determinadas posições do cidadão, abstratamente descritas, contra o Estado. Já a segunda construção – ampla – nada mais faz do que definir os direitos fundamentais como princípios.

Para Alexy, essa qualificação traz para os direitos fundamentais uma série de consequências, valendo aqui mencioná-las: a) além de serem simples direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os direitos fundamentais expressam uma ordem objetiva de valores; b) os direitos fundamentais aplicam-se não só à relação entre cidadãos e Estado, mas a todas as áreas do Direito, possuindo, assim, uma eficácia irradiante; c) por se caracterizarem como princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir, o que faz com que essa colisão seja resolvida mediante o método da ponderação ou balanceamento (ALEXY, 2003).

Nesse viés, ao invés de se opor a concepção estrita à ampla, de acordo com o Autor, “pode-se, então, justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção” (ALEXY, 2003, p. 134).

Nesse lume, pode-se destacar que a tese central de Alexy, no que diz respeito aos direitos fundamentais, consiste em dizer que esses possuem o caráter de princípios e que princípios nada mais são do que mandados de otimização (ALEXY, 1988)³² cuja

³¹ O próprio Alexy (ALEXY, 1994, p.44), afirma que o conceito de direitos fundamentais é compatível com ambas construções. Segundo o autor, “um sistema jurídico pode conter muitos direitos individuais que não se sustentam em princípios. [...] Em muitos casos, estar seguro da aplicação de regras nestes tipos de direitos definitivos não é uma tarefa fácil. Há muitos casos em que a vaguedade, a ambiguidade, a abertura valorativa ou as lacunas, não permitem chegar a uma decisão por meio de uma simples dedução. Nestes casos, a subsunção é simplesmente um marco dentro da qual tem que ter lugar a argumentação jurídica, para chegar a uma decisão racional”.

³² Conforme Alexy (1988, p.144), o caráter dos princípios como mandados de otimização ultrapassam, e muito, o simples caráter metodológico. Traz consequências para o próprio conceito de Direito, na medida

aplicação é possível mediante o método da ponderação, que por sua vez faria parte de um “macroprincípio” denominado proporcionalidade (ALEXY, 2002).

Sobre o princípio da proporcionalidade é afirmado que trata-se de macro princípio formado pelos subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2005, p. 572-573).

Nesse passo, importante o destaque do fato de que tais construções teóricas estão intimamente ligadas à ideia de otimização proposta pelo Autor. Ou seja, interpretar direitos fundamentais à luz da proporcionalidade nada mais reflete do que trata-los como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não devendo ser usados como meras regras (ALEXY, 2005, p. 572-573).

Em outra perspectiva, a utilização desse microsistema principiológico impõe ao intérprete o dever de aplica-los na maior medida do possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em determinado caso concreto (ALEXY, 2005, p. 572-573).

Com base nesse raciocínio, é possível inferir que a ponderação é diretamente ligada, portanto, ao discurso (ALEXY, 2007)³³. Se por um lado, a ponderação não existe sem discurso; por outro, as formas de argumento da teoria do discurso incluem a estrutura da ponderação tal como ela é exposta pela fórmula do peso (ALEXY, 2005).

Ademais, o método da ponderação, uma vez ligado aos direitos fundamentais, está ligado, por consectário lógico, ao próprio discurso. Toda essa complexa interligação de variáveis assegura, para Alexy, a racionalidade do método da ponderação.

Entretanto, a teoria dos princípios não consegue isoladamente sustentar a tese da única resposta correta, o que não quer dizer, obrigatoriamente, que o jurista alemão abandone tal ideia.

Ao tentar captar as deficiências da teoria dos princípios utilizando-se, para tal, de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática, Alexy defende uma versão fraca da tese da única resposta correta, isto é, que tal tese constitui-se como apenas uma opção de ideia regulativa (ALEXY, 1988).

em que estabelece uma tarefa de otimização que, enquanto forma, é jurídica, mas, em relação ao conteúdo, é moral. Portanto, segundo Alexy, a teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar a tese positivista.

³³ Para Alexy (2007, p.25-26), o procedimento do discurso é um procedimento de argumentação. O procedimento P da teoria do discurso deixa definir-se por um sistema de regras do discurso, que expressam as condições do argumentar prático racional. Uma parte dessas regras formula exigências de racionalidade gerais e outra parte formula regras relacionadas com o procedimento do discurso, que objetivam a imparcialidade do discurso. Essa imparcialidade deve ser obtida pelo asseguramento da liberdade e igualdade da argumentação.

Em outra perspectiva, Alexy utiliza uma tese forte com relação à distinção entre princípios e regras (ALEXY, 1988). Para ele, tal distinção não se fundamenta apenas numa diferença de generalidade (grau), mas, em especial, numa diferença qualitativa (ALEXY, 1988).

A partir da análise das colisões de regras e as colisões de princípios que Alexy vai estabelecer o critério central de distinção desses dois tipos de normas, conforme amplamente visto anteriormente (ALEXY, 1988).

Ao adotar uma concepção que se encontra entre uma teoria forte e uma teoria fraca dos princípios (ALEXY, 1988), Alexy vai defender, em verdade, uma ordem fraca de prioridades entre os princípios.

Tal ordem pressupõe, basicamente, três elementos, a saber: a) um sistema de condições de prioridade; b) um sistema de prioridades *prima facie*; c) um sistema de estruturas de ponderação (ALEXY, 1988).

A leitura dessa parte de sua teoria permite inferir que, embora a colisão de princípios se resolva através uma ponderação relacionada ao caso concreto, isso não quer dizer que a solução encontrada seja significativa só para esse caso.

Pelo contrário, a solução acima desenhada irá, na verdade, estabelecer relações de prioridade que serão importantes para novos casos. Tal constatação é importante para o que o autor alemão chama de colisão de direitos (ALEXY, 1988).

Neste diapasão, as condições de prioridade estabelecidas ao longo do tempo propiciam a informação sobre o peso relativo dos princípios, formando um verdadeiro sistema de condições de prioridade (ALEXY, 1988).

Esse sistema, apesar de não possuir a capacidade de fornecer sempre a resposta correta para cada situação, instituirá, entretanto, um sistema de prioridades *prima facie* que, ao estabelecer cargas de argumentação, é capaz de criar certa ordem ou hierarquia no campo dos princípios.

Sob outra perspectiva, tal premissa não simboliza que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro gere necessariamente uma determinação definitiva, haja vista que toda colisão de princípios resolve-se mediante a ponderação (ALEXY, 1988).

Por derradeiro, encerrando o presente subitem, necessário destacar que, para Alexy, é somente através de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática que se pode complementar a ordem fraca de prioridades acima descrita.

Embora não exista - e admita que - nenhum procedimento capaz de chegar a uma única resposta correta, Alexy afirma que, partindo da teoria por ele elaborada da

argumentação jurídica juntamente comum à teoria moral procedimental, é plenamente possível garantir a racionalidade tanto da argumentação como também de seus resultados mediante a observância de um sistema de regras e princípios do discurso fazendo com que a tese da única resposta correta serviria como ideia regulativa (ALEXY, 1988).

2.2 Habermas e suas principais críticas à teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy

O exame a respeito da doutrina de Alexy, em especial quanto aos direitos fundamentais, faz com que surjam inúmeras questões, dentre as quais podemos destacar: será que a compreensão principiológica de Alexy é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito? Será que sua metodologia da ponderação resguarda o caráter deontológico do Direito?

A partir de um conceito amplo de razão, Jürgen Habermas afirma que as questões do campo prático podem ser decididas de maneira racional. Nesse lume, a base de sua teoria seria, por derradeiro, uma pragmática universal cuja função principal consistiria na tentativa de reconstrução dos pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem (ATIENZA, 2006).

Em sua visão, os direitos fundamentais seriam exemplos de uma moral dita universalista no sentido de formas de vida racionalizadas, a ponto de permitir o discernimento de juízos morais universais propiciando motivações para a transformação do agir moral (NASCIMENTO, 2002).

Tendo como norte de sua teoria normativa o pluralismo, Habermas elabora um modelo denominado democracia deliberativa³⁴, cujas condições procedimentais abarcariam justamente os direitos fundamentais.

A democracia consistiria, portanto, “o núcleo de um sistema jurídico, formado por uma gênese de direitos e gerados por um processo circular em que o código do direito e o mecanismo de sua produção se confundem, resultando na produção de um direito legítimo” (PEIXINHO, 2003, p.137).

Sob o prisma democrático, os direitos fundamentais poderiam ser classificados da seguinte maneira:

³⁴ Sobre os princípios da democracia deliberativa habermasiana, (HABERMAS, 1989).

- (i) direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- (ii) direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do *status* de membro de associação voluntária de parceiros de direito;
- (iii) direitos fundamentais resultantes imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, em que os civis exercitam sua autonomia política, por meio dos quais criam o direito legítimo;
- (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social e economicamente, na medida de necessidade de aproveitamento dos direitos elencados de (i) a (iv) (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

Em meio a essa classificação, Habermas afirma que os três primeiros conjuntos de direitos fundamentais seriam relacionados à garantia da autonomia privada, ao passo que os direitos nos dois últimos conjuntos simbolizariam a autonomia pública (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

Abordando os direitos fundamentais como verdadeiros direitos de participação, a liberdade de expressão – em especial, do ponto de vista do emissor da mensagem – poderia ser enquadrada perfeitamente no item (iv), caso em que a democracia serviria de base na promoção da igualdade sob a esfera subjetiva e objetiva no processo de formação de expressão de opiniões.

O modelo deliberativo procedimental proposto por Habermas, construído com base na sua tese de fundamentação dos direitos fundamentais a partir de uma ética do discurso, também decorrente de um princípio de universalização, no intuito de legitimar a prática discursiva e a norma (NASCIMENTO, 2002), em muito se aproxima, vale dizer, do embasamento da concepção de Alexy e sua “teoria da argumentação” (ALEXY, 2002).

Habermas aborda, em síntese, a complexidade em se alcançar uma fundamentação para os direitos fundamentais, problema que ainda se faz presente na doutrina jurídica moderna³⁵.

³⁵ Cabe, nesse passo, registrar, outra distinta teoria dos direitos fundamentais, de autoria de ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, que pode ser resumida a cinco categorias. Em primeiro lugar, mediante uma teoria denominada liberal ou do “Estado de Direito Burguês”, os direitos fundamentais seriam concebidos como direitos de liberdade do indivíduo perante o Estado, se estabelecendo para assegurar, frente à ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual e social especialmente expostos a ela.

A partir das diversas teorias de fundamentação dos direitos fundamentais aqui propostas, merecendo destaque a de Habermas e Alexy, é possível vislumbrar uma interseção entre todas as concepções jus filosóficas, qual seja: o estabelecimento de um processo igualitário na formação de opinião é importantíssimo para garantir o desenvolvimento inclusive do próprio regime democrático.

Tanto na teoria proposta por Alexy, de notório caráter procedimental, onde somente quem pode falar é apto para estar presente em um discurso, quanto no modelo habermasiano, em que os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos à participação tendo por base a igualdade de chances, é possível inferir a importância da promoção – tanto pelo Estado como pelos atores privados – da liberdade de expressão *lato sensu* como instrumento essencial à democracia participativa.

Diante de tal premissa inicialmente imutável, entretanto, é necessário fazer o seguinte questionamento: tal instrumento – leia-se: liberdade de expressão *lato sensu* – é absoluto?

Os direitos fundamentais teriam, portanto, como ponto de partida, o princípio da distribuição, apresentando-se como emanção e concretização desse princípio e enfocados como normas de distribuição de competências entre o indivíduo (sociedade) e o Estado. Em segundo lugar, consoante uma teoria institucional, os direitos fundamentais deixariam de exprimir o cunho eminentemente defensivo em relação ao Estado, para assegurar um âmbito de liberdade individual e social em que os indivíduos, do ponto de vista jurídico, poderiam atuar a seu arbítrio, segundo o caráter de princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por eles protegidos. Diferentemente da teoria liberal, a liberdade deixa de ser indefinida (liberdade sem mais) para se tornar uma liberdade orientada a determinados interesses concretamente à realização do sentido objetivo-institucional dessa garantia. Uma terceira teoria, identificada como axiológica, teria como ponto de partida a teoria da integração de RUDOLF SMEND. Dentro dessa concepção, os direitos fundamentais se apresentariam como fatores constitutivos de um processo de integração de uma comunidade de valores. A determinação do conteúdo de um direito fundamental se converteria em uma questão de averiguação do sentido do valor nele configurado. BÖCKENFÖRDE enumera, ainda, duas teorias peculiares, qualificadas como “teoria democrático-funcional” e “teoria dos direitos fundamentais do Estado Social”. A primeira hipótese destaca a função pública e política dos direitos fundamentais, sendo esses entendidos como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática. Para essa concepção, haveria uma prevalência dos direitos com referências de índole democrática, quais sejam o direito à liberdade de opinião, de imprensa e de reunião ou associação. Em relação ao conteúdo da liberdade, esse se determinaria pela função a que serve, passando a ser uma “liberdade para”, tal como na teoria institucional. Por derradeiro, uma chamada teoria do Estado Social pretenderia superar o desdobramento entre a liberdade jurídica e a real. Para tal posição, os direitos fundamentais não teriam tão somente um caráter delimitador negativo, mas atuariam como facilitadores de prestações sociais pelo Estado, devendo este procurar os pressupostos necessários para a realização da liberdade neles contida. (BÖCKENFÖRDE,1993). Em obra distinta, Böckenförde examina com mais profundidade o que classifica como “princípios estruturais da democracia”, a saber: autodeterminação e auto-governo populares; detenção popular do poder; igualdade de direitos de participação; sistema majoritário de decisão; e representação. O terceiro princípio, consistente na igualdade de direitos políticos de participação, abrangendo direitos como o sufrágio, elegibilidade e comunicação. Esse último, concretizado na liberdade de expressão, seria componente essencial ao funcionamento do regime democrático. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*. Paris, LGDJ, 2000, p. 286.

Com o intuito de responder esse e outros questionamentos, oportuno refletirmos sob os pontos de debate existentes entre os teóricos, principalmente no que diz respeito à possibilidade de conflito entre direitos fundamentais e a consequente solução possível.

Apesar de inicialmente concordar com a tese da argumentação jurídica abordada por Alexy, Jürgen Habermas mudou de posição, conforme é possível inferir da leitura de algumas passagens específicas de duas de suas obras (HABERMAS, 1997).

Nesse diapasão, sobre a teoria do agir comunicativo, Habermas afirma, por exemplo, que não é possível confundir a argumentação perante um Tribunal dos outros discursos em geral devido à ligação existente entre a primeira modalidade e o direito válido, bem como devido às limitações processuais que tornam legítimas apenas as decisões que estejam autorizadas dentro do sistema normativo (HABERMAS, 1997, p.61-62).

Ademais, em nota de rodapé, ao tecer comentários a respeito dessa passagem, Habermas (HABERMAS, 1971, p.200) complementa ao dizer, *in verbis*:

Esta situação levou-me, primeiramente, a conceber o procedimento judicial como agir estratégico. Deixei-me, entretanto, ser convencido por R. Alexy (1978), 263 ff., de que a argumentação jurídica, em todo o seu caráter institucional, deve ser conceituada como um caso especial do discurso prático.

Já ao tratar sobre os paradigmas do Direito e Democracia, Habermas (1997, p.283), modificando sua postura anterior, passou a afirmar o seguinte:

Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras de direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra esta tese do caso especial, de Alexy (defendida inicialmente de modo não específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação), levantou-se uma série de objeções.

Em seguida, Habermas arremata ao dizer:

A tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional (HABERMAS, 1997, p.283).

Destacados os principais pontos do raciocínio de Habermas, oportuno se faz a análise quanto à sua percepção acerca dos direitos fundamentais propriamente ditos.

O entendimento de que princípios nada mais seriam do que mandados de otimização baseia-se em pressupostos metodológicos equivocados, haja vista que, além de não preservar o código binário do Direito, assimila direitos a valores (HABERMAS, 1997).

Essa conclusão de Habermas, vale frisar, se relaciona intrinsecamente com premissas que foram desenvolvidas no seu livro *Faktizität und Geltung*.

Averiguações sobre o princípio da teoria do discurso em questões centrais da teoria do Direito são feitas, a saber: a) como lidar com o problema da indeterminação estrutural do Direito e garantir a racionalidade da prestação jurisdicional? (HABERMAS, 1997, p. 241-295); b) como uma interpretação jurídica pode operar no interior dos limites da separação dos poderes sem que o judiciário invada as competências legislativas e subverta os estritos limites legais da Administração? (HABERMAS, 1997, p. 297-354).

Nesse ponto, vale mencionar que a pretensão jurídica moderna de garantir certeza nas relações manifesta-se com o exercício pleno da jurisdição como a pretensão de que as decisões judiciais sejam, tanto coerentes com o Direito vigente como também adequadas ao caso concreto sob exame (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004).

Oportuno mencionar, portanto, o seguinte raciocínio de Jürgen Habermas (1997, p. 246):

No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. [...] Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, aos quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.

O problema da racionalidade da prestação jurisdicional nada mais é do que entender como a aplicação de um direito contingente pode ser realizado de maneira internamente consistente e externamente fundamentado de forma racional, de modo a garantir, simultaneamente, tanto a certeza do Direito como a correção (HABERMAS, 1997).

A respeito dos argumentos de princípios e seu papel desempenhado, imperioso o destaque para a seguinte constatação de Habermas:

Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins [de política], na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico [princípios], Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende (HABERMAS, 1997, p. 259).

O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das “únicas decisões corretas”. No entanto, como esses princípios não são topoi historicamente comprovados, que podem ser extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: metodicamente, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, conteudisticamente, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente (HABERMAS, 1997, p.259-260).

É exatamente nesse ponto, ao tratar da indisponibilidade da validade deontológica dos direitos, cuja expressão se dá através de regras e princípios, que é assegurada, via decisões judiciais discursivas, a integridade das condições de reconhecimento que permitem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração (HABERMAS, 1997).

Entretanto, apenas um Direito positivado e justificado de maneira principiológica torna possível que sejam proferidas decisões corretas e adequadas ao caso concreto.

Quando se parte do pressuposto de que as decisões judiciais envolvem não apenas a aplicação de regras, mas também de princípios, é possível demonstrar tal premissa uma vez que as colisões são prováveis, o que de forma alguma revela qualquer incoerência profunda do sistema jurídico.

Na perspectiva de Habermas, todas as normas vigentes são indeterminadas com relação à sua situação propriamente dita, o que requer conexões adicionais perceptíveis a partir da análise do caso concreto. Nesta senda, uma norma válida somente fundamenta um juízo singular correto quando se conclui que ela é a opção unicamente possível para reger o caso concreto. Neste sentido, oportuno mencionar o seguinte raciocínio do autor:

“A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. [...] Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação. (HABERMAS, 1997, p. 269-270).”

Tal raciocínio reforça a importância e o papel das garantias processuais na denominada re-significação do conceito de segurança jurídica, inclusive uma vez que à medida que o sistema de direitos passa a incorporar não somente regras, mas também princípios, a certeza do Direito passa a ser confirmada em nível diverso daquele originariamente alcançado sob a perspectiva da existência de regras, apenas.

Neste aspecto, integrando o quanto dito nesse item, Habermas explica que os direitos processuais possibilitam um processo equânime. Ou seja, os argumentos relevantes, não arbitrários, deverão ser levados em conta gerando, por derradeiro, segurança aos envolvidos no litígio. Nota-se claramente a interdependência entre segurança e o respeito ao procedimento, tudo isso devendo ser orientado por princípios garantindo a cada um, os direitos que lhe são próprios (HABERMAS, 1997, p. 274).

Em outro diapasão, o debate a respeito da indeterminação do Direito e consequente racionalidade da prestação jurisdicional relaciona-se diretamente com a segunda preocupação de Habermas, qual seja: como uma interpretação jurídica pode operar no interior do princípio da separação de poderes, sem que, contudo, o judiciário invada as competências legislativas? A resposta de Habermas (1997, p. 297), no decorrer de sua obra, é expressa no sentido de que a legitimidade do direito está intrinsecamente ligada, ou seja, depende da racionalidade de um processo legislativo, “o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.”

Nesse ponto específico, a crítica dirige-se contra o entendimento metodológico que iguala princípios a valores, do qual Robert Alexy é um grande defensor. De acordo com Habermas, vale frisar, os princípios jurídicos possuem, em seu âmago, sentido

deontológico, enquanto que os valores possuem sentido teleológico. Sobre esse ponto, imperioso o seguinte destaque, senão vejamos³⁶:

À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, correto é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é correto o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom para nós. [...] Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas [...] através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos” (HABERMAS, 1997, p. 317-318).

Nesse aspecto, do ponto de vista conceitual, direitos em valores “significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação (HABERMAS, 1997, p. 318). A desconsideração de tal fato, prossegue o autor, transformaria o judiciário em uma instância autoritária, fazendo com que todas as fundamentações pudessem assumir “o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica” dos princípios jurídicos (HABERMAS, 1997, p. 321).

Em conclusão ao presente tópico, na visão de Habermas é possível inferir que cresce, portanto, o perigo da má argumentação, já que os argumentos funcionalistas, no momento das decisões então proferidas, prevaleceriam sobre os normativos, levando os direitos fundamentais a cair numa análise de custos e vantagens. Nesse diapasão, diante dos raciocínios até aqui expostos, seja por parte de Robert Alexy, seja por parte de Jürgen Habermas, indaga-se: o número juízos desprovidos de fundamentação teoricamente adequada estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão? Ademais, outra indagação resta possível, qual seja: quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais? É o que pretende ser examinado no próximo capítulo deste estudo.

³⁶ Conforme Habermas (1997, p.317) teoriza, as normas diferem dos valores nos seguintes pontos: a) através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; b) através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; c) através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; d) através dos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer.

3 OS DIREITOS EM JOGO NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

3.1 Aspectos conflituosos sobre os direitos fundamentais na jurisprudência internacional

No âmbito do Direito Constitucional existe tema que a cada dia ganha maior destaque nos meios midiáticos (televisão, jornais, revistas especializadas, redes sociais, etc). Desde a sessão plenária de nossa mais alta corte (Supremo Tribunal Federal) às mesas de restaurantes, os denominados “direitos fundamentais” fazem parte de nossa rotina, em especial, os conflitos que acabam existindo entre eles.

Dentre os inúmeros conflitos existentes, incidindo basicamente por conta da dificuldade em se estabelecer a fronteira entre a existência “pública” e “privada” do indivíduo (BITTENCOURT, 2013), o presente trabalho analisará a relação entre direito à intimidade e direito à liberdade de expressão, mais especificamente no que concerne ao Direito Autoral, na confecção de biografias.

Antes, porém, de ser verificada a realidade brasileira, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, oportuno destacar o objetivo perseguido, qual seja: entender como a jurisprudência estrangeira e nacional aplicou o método da ponderação em questões que envolveram o conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão (OLIVEIRA, 2005).

Vislumbrando a infinidade de combinações possíveis no que diz respeito à pesquisa jurisprudencial foi escolhida a pesquisa qualitativa como norte metodológico para o presente capítulo (BECKER, 1993).

3.1.1 Suprema Corte Norte Americana

Ao analisar os critérios que embasaram as principais decisões da Suprema Corte norte-americana resta evidente (BERTONI, 2007) o prevalecimento da liberdade de expressão sobre outros valores, desde que se cuide de expressões protegidas pela Primeira Emenda, reputadas como tais todas aquelas que contribuam para o aperfeiçoamento e o progresso da democracia.

Ademais, em um segundo momento, a regra do *in dubio pro expression* ou seja, na dúvida de se tratar ou não de expressão protegida, dever-se-á optar pela sua proteção.

Dentre os julgados selecionados, merece destaque a decisão proferida pela Suprema Corte, de 9 de março de 1964, reformando decisão da Corte de Alabama, a qual condenou o New York Times, juntamente com quatro pastores, ao pagamento de

indenização no montante de quinhentos mil dólares, em demanda promovida pelo Comissário de Polícia da cidade de Montgomery, L. B. Sullivan, em virtude de anúncio pago constante da edição de 29 de março de 1960, narrando repressão a protesto estudantil realizado na Universidade do Alabama contra a desigualdade racial.

A Suprema Corte, influenciada pelo raciocínio do Juiz Brennan, firmou a doutrina da real malícia, assentada sobre as seguintes bases: a) inexistir direito a que um funcionário público venha a ser indenizado por uma manifestação exata e difamatória, exceto que se prove que tenha sido realizada com real malícia, ou seja, com o conhecimento de sua falsidade ou com temerária falta de preocupação com a sua verdade; b) as figuras públicas, como é o caso dos agentes estatais, por cumprirem influente papel na sociedade, são capazes de despertar nos cidadãos um substancial e legítimo interesse no conhecimento de suas condutas.

Outro episódio que reflete bem a temática aqui exposta diz respeito ao caso “Collin vs. Smith”, decidido pela Suprema Corte em 1977³⁷. Naquele ano, o Partido Nazista Americano organizou uma manifestação pública a ser realizada nas ruas da comunidade de Skokie, Illinois, onde os neonazistas marchariam com uniformes militares, estampando suásticas e com cartazes de ódio aos judeus e aos negros. A escolha do local se deu por ser a mais populosa comunidade judaica dos Estados Unidos e por lá viverem vários sobreviventes do holocausto.

Inicialmente, as autoridades locais não autorizaram que a marcha nazista se realizasse pelas ruas daquela cidade, argumentando que a Constituição norte-americana não protegia aqueles que pretendem destruir a democracia.

O Partido Nazista, diante dessa negativa, questionou judicialmente aquela decisão administrativa, mas não obteve êxito nas instâncias ordinárias.

A Corte de Illinois, vale dizer, proibiu os neonazistas de marcharem, caminharem ou se reunirem com uniformes do Partido Social Nacionalista da América; de exibirem suásticas; de distribuírem panfletos ou qualquer material que incitasse ou promovesse o ódio contra outras pessoas.

Uma das principais entidades de defesa dos direitos civis dos Estados Unidos – a “American Civil Liberties Union” (ACLU) – apoiou a causa dos nazistas, uma vez que

³⁷ Passeata nazista em Bairro Judeu? – O Caso Skokie. LIMA, George Marmeistein. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/03/19/passeata-nazista-em-bairro-judeu-o-caso-skokie/>>. Acesso em: 14.out.2015.

entendeu que a liberdade de reunião protegia a todos, inclusive aqueles que manifestavam ideias que desagradavam a população.

O caso teve bastante repercussão tendo a Suprema Corte decidido, por pequena margem de votos (5-4), que o Partido Nazista, poderia realizar a passeata, conforme solicitado.

Em apertada síntese, entendeu-se que houve violação da liberdade de expressão e de reunião. Para a Suprema Corte, até mesmo discursos tão abomináveis quanto a defesa do nazismo ou a defesa da supremacia branca estariam abrangidos pela proteção ampla da liberdade de expressão.

Após a decisão judicial, a comunidade judaica norte-americana se mobilizou para tentar impedir a realização da marcha por meio da força. Milhares de judeus se dirigiram a Skokie para confrontar abertamente os nazistas, usando, se necessário, violência física para impedi-los de se reunirem. As autoridades de Skokie afirmaram que nada fariam para proteger os nazistas.

Em razão da notória possibilidade de confronto físico, as autoridades nacionais conseguiram persuadir os nazistas de desistirem de marchar pelas ruas de Skokie e ofereceram proteção para que suas manifestações pudessem ocorrer em outros locais aos arredores de Chicago. Em suma, a marcha em Skokie não se realizou, apesar da decisão da Suprema Corte.

3.1.2 Tribunal Constitucional Alemão

O famoso Caso Lüth³⁸ assim conhecido na doutrina especializada, é considerado por muitos como o mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra.

³⁸ A Reclamação Constitucional (BVERFGE 7, 198 - LÜTH-URTEIL, na íntegra, pode ser encontrada na seguinte obra, traduzida para o português: SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006.

³⁸Desnazificação(do alemão *Entnazifizierung*) “é o termo que designa a iniciativa dos Aliados após a vitória sobre a Alemanha Nazistana Segunda Guerra Mundial e reforçada pelos Acordos de Potsdam, buscava a limpeza da sociedade, cultura, imprensa, justiça epolítica da Alemanha e da Áustria de toda influência nazista. Os julgamentos dos maiores responsáveis pelo regime começaram em 20 de novembro de 1945 por um Tribunal Militar Internacional em Nuremberg, onde foram sentenciados 24 pessoas e seis associações (chamadas de "organizações criminosas" são elas: o governo do Reich, partido nacional-socialista (NSDAP), a SS, a Gestapo, a SA, o Estado-Maior e o Comando Supremo da Wehrmacht”. Disponível em:<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Desnazifica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16.Mar.2015.

Apesar dos contornos notoriamente constitucionais, a lide envolvendo as partes teve início em questão de direito privado. Tratou-se, em outras palavras, de litígio envolvendo um judeu e um alemão após o fenômeno da “desnazificação”³⁹.

O alemão Veit Harlan era um produtor de cinema. Dentre outros trabalhos, dirigiu, nos anos 50, um filme chamado “Amada Imortal”.

O grande problema não dizia respeito a obra propriamente dita e sim ao histórico do cineasta. No auge do nazismo, Veit Harlan havia sido o principal responsável pelos filmes de divulgação das ideias nazistas.

Vale mencionar que a obra supramencionada é considerada como uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema.

Antes do lançamento do filme “Amada Imortal”, vários judeus influentes na mídia alemã resolveram boicotá-lo, ainda que o filme não tivesse nada que lembrasse o nazismo ou o anti-semitismo.

À frente do boicote, estava Eric Lüth, um judeu que presidia o Clube de Imprensa. Ele escreveu um pesado manifesto contra o cineasta, conclamando os “alemães decentes” a não assistirem ao filme.

Em razão do boicote e da inexpressiva quantidade de pessoas que foram a estreia, Veit Harlan, juntamente com investidores do filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil da Alemanha.

De acordo com sua percepção, todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados. A tese aqui exposta, vale destacar, prevaleceu em todas as instâncias ordinárias.

Já Eric Lüth não se conformava com tal cenário jurídico haja vista que, em sua opinião, a Lei Fundamental alemã deveria garantir a liberdade de expressão, não havendo que se falar em punição pelo exercício de tal liberdade. Neste diapasão, Lüth recorreu para a Corte Constitucional alemã.

A Corte Constitucional alemã, mesmo diante de demanda que não envolvia tamanha complexidade, foi capaz de percebê-la, desenvolvendo alguns conceitos

³⁹Desnazificação(do alemão *Entnazifizierung*) “é o termo que designa a iniciativa dos Aliados após a vitória sobre a Alemanha Nazista na Segunda Guerra Mundial e reforçada pelos Acordos de Potsdam, buscava a limpeza da sociedade, cultura, imprensa, justiça e política da Alemanha e da Áustria de toda influência nazista. Os julgamentos dos maiores responsáveis pelo regime começaram em 20 de novembro de 1945 por um Tribunal Militar Internacional em Nuremberg, onde foram sentenciados 24 pessoas e seis associações (chamadas de "organizações criminosas" são elas: o governo do Reich, partido nacional-socialista (NSDAP), a SS, a Gestapo, a SA, o Estado-Maior e o Comando Supremo da Wehrmacht”. Disponível em:<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Desnazifica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16.Mar.2015.

importantíssimos a respeito da teoria dos direitos fundamentais: (i) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, (ii) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (iii) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos.

Sobre o tema, é ensinado sobre o caso Lüth (ALEXY, 2003, p.134) que é possível a extração de três ideias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão:

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário.

Mas nem todo mundo concorda com a decisão do Caso Lüth, vale asseverar. Há quem defenda, por exemplo (MARMEINSTEIN, 2008), que a decisão teria prejudicado de maneira inquestionável a interpretação do direito civil, haja vista que trouxe incerteza num campo em que a lei era relativamente clara. Ademais, teria colocado tal interpretação dada pela Corte Constitucional Alemã, a proteção da liberdade de manifestação do pensamento num patamar elevado, dando margem a abusos.

Conforme será estudado de maneira mais detalhada em capítulo próprio, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, funcionando, para visão de alguns doutrinadores, como meios para o desenvolvimento da personalidade, atendendo em outro aspecto ao interesse público da livre circulação de ideias, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva (FARIAS, 2000)⁴⁰, principalmente quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.

⁴⁰ De acordo com o Farias (2000, p.166-167): “Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, seria possível concluir, de certo modo, que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades⁴¹, justificando uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados.

Tal constatação, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida, conforme visto no tópico anterior também pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴².

Diante de tal cenário é possível indagar o seguinte: será que tais posicionamentos revelam a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade (GRANDINETTI, 1999)⁴³? A opção pela composição posterior constitui vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação⁴⁴?

3.1.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos

O caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile* (2001) refere-se à proibição de exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” com fulcro no art. 19, inc. 12 da Constituição chilena, que permitia, até então, a censura prévia. A proibição, determinada

direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública”.

⁴¹Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 2000, p. 167: “Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais”.

⁴²De acordo com o Farias (2000, p.78): “O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso *Lüth*, também estabelece uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático”.

⁴³De acordo com Grandinetti (1999, p. 51): “Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras”.

⁴⁴Sem prejuízo de que a eventual ponderação se possa resolver pela incidência integral de um dos princípios envolvidos, com correlato afastamento de outros. Essa aferição deve ser feita à luz do caso concreto. Sobre o tema da ponderação v. Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001.

pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile fundou-se no Decreto Lei nº 679 de 1974, que permitia a qualificação dos filmes.

Contra a proibição, a empresa United International Pictures Ltda peticionou ao Conselho de Qualificação, o que levou o órgão a permitir a exibição do filme com classificação para maiores de 18 anos.

Entretanto, cidadãos chilenos recorreram à Corte de Apelação de Santiago alegando-se representantes de Jesus Cristo, da Igreja Católica e atuando em sua condição de cidadãos contrários ao filme.

A Corte tornou sem efeito a resolução administrativa determinante da classificação para maiores de 18 anos do Conselho de Qualificação, mantendo a proibição da obra cinematográfica. O caso foi levado ao sistema interamericano de direitos humanos, sendo submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu, em 1999, submeter a lide à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No julgamento, restou decidido que o Estado chileno violou o art. 13 da Convenção Americana. Nos fundamentos de sua decisão, o tribunal entendeu pela ocorrência de censura prévia a proibir a exibição do filme, violando o direito à liberdade de expressão e o direito à informação dos cidadãos chilenos que peticionaram no sistema interamericano.

No julgamento, a Corte Interamericana valeu-se de fundamentos aproveitados no caso *Handyside*⁴⁵, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1976 com o objetivo de demonstrar a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática informada e livre.

O artigo 10.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos é válido não apenas para informações ou ideias favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração da população.

Nos fundamentos da decisão, oportuno destacar a referência feita aos princípios do pluralismo, da tolerância, sem o que não prospera uma ‘sociedade democrática’.

No caso *Olmedo Bustos versus Chile*, a decisão da Corte Interamericana considerou como conteúdo do direito à liberdade de expressão e de pensamento por ser formado tanto pelo direito de expressar o próprio pensamento (dimensão individual), quanto pelo direito de buscar, receber e difundir informações sobre qualquer matéria

⁴⁵ Toda formalidade, condição, restrição ou punição imposta na matéria deve ser proporcional ao fim legítimo buscado (Corte Europeia de Direitos Humanos - Caso *Handyside*, 1976, parágrafo 49).

(dimensão social). Afirmou-se, portanto, ser fundamental a garantia das duas dimensões para a efetivação do direito à liberdade de expressão consagrado no art. 13 da Convenção Americana

3.1.4 Corte Europeia de Direitos Humanos

Sobre o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o conflito de direitos fundamentais analisados neste estudo, oportuno o destaque para o caso *Éditions Plon vs. France* (2004) relativo à publicação de biografia do Presidente François Mitterrand, de autoria de um jornalista e do médico particular do presidente.

No dia mesmo da publicação do livro *Le Grand Secret*, a viúva e os filhos de Mitterrand peticionaram alegando quebra de confidencialidade médica e invasão da privacidade do presidente.

A distribuição do livro foi proibida pelo tribunal de Paris, baseado no abuso da liberdade de expressão. Essa decisão foi mantida pela Corte de Apelação francesa e pelas outras instâncias buscadas.

O médico também foi sentenciado pela Corte Criminal francesa a quatro meses de prisão pela quebra de sigilo do tratamento médico. Com base no art. 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia a Corte Europeia de Direitos Humanos concluiu que a interferência da autoridade francesa sobre o direito à liberdade de expressão era justificada, estava prevista na lei francesa, tendo sido legítimo o seu propósito de proteção dos direitos de outras pessoas.

Ao avaliar a necessidade da interferência em uma sociedade democrática sobre o direito à liberdade de expressão, a Corte concluiu pela ausência de violação do direito à liberdade de expressão definida na decisão de primeira instância francesa de proibir a distribuição do livro. A medida de proibição teria sido necessária para a proteção dos direitos de François Mitterrand, de sua viúva e de seus filhos, porque o presidente tinha morrido poucos dias antes da publicação ser liberada.

Outros dois casos de extrema valia para o presente estudo dizem respeito àqueles levados a tribunais pela princesa Caroline de Mônaco. Em suma, nos dois processos, a princesa buscou afastar a divulgação sobre eventos publicados sobre seus atos.

No caso *Von Hanover versus Germany*, de 2004, na Corte Europeia de Direitos Humanos, a interessada alegou violação a sua privacidade (art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos) pela divulgação de fotos suas, em atividades cotidianas, com seus filhos, fazendo-se acompanhar por um ator ou sozinha.

A Corte concluiu que tais fotos referiam-se a situações particulares da vida de uma mulher, que em nada interferiam ou contribuíam para debate de interesse público, critério então definido como decisivo a ser adotado para o balizamento entre o resguardo da privacidade assegurado pelo direito e a liberdade de expressão e comunicação, igualmente reconhecidos como direitos fundamentais.

Já em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou outro caso apresentado pela mesma interessada. Neste processo, atuou também como Autor Ernst August Von Hanover. A alegação era transgressão ao mesmo dispositivo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o objeto da inobservância da norma era provada pela divulgação de fotos com artigos descrevendo situações que diriam respeito à sua vida privada.

Diferente da conclusão antes adotada a Corte concluiu, neste caso, inexistir a alegada violação⁴⁶. Considerando a função das pessoas noticiadas, a natureza de suas atividades e os fins de elucidação das relações entre as figuras que compõem os cargos da monarquia monegasca, a Corte concluiu que o público não tinha porque não ter ciência do que se passava e concluiu inexistente o direito que se pretendia estar sendo violado. Ou seja, prevaleceu a ideia de que os fatos ali noticiados possuíam, em seu âmago, o interesse público necessário a permitir o acesso à informação.

Foram critérios adotados pela Corte Europeia, neste segundo processo, a natureza da função exercida pela pessoa retratada; a natureza da atividade por ela exercida; a sua conduta anterior em relação às fotos obtidas; o conteúdo e a forma de se dar a público o que retratado; as circunstâncias em que as fotos foram tiradas. Para aquela Corte os critérios definidores da decisão fizeram pender a balança no sentido da garantia do direito à informação, no direito/dever de informar e na garantia de ser informado.

⁴⁶ A matéria tratava, em suma, da doença do Príncipe Rainier, pai da princesa, e relatava-se o que teria sido ausência da devida assistência a ele dada pela filha.

3.2 Decisões a respeito do tema no Brasil

3.2.1 STF

Em relação ao Supremo Tribunal Federal foram escolhidos dois casos em especial, a saber: i) o caso Anthony Garotinho x O Globo⁴⁷; e ii) APDF 130/2009 – não recepção da lei de imprensa⁴⁸.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal se deparou com uma colisão de direitos fundamentais, a qual tratava do resguardo do direito à intimidade e à vida privada do governador do estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho – isso em 2002 – por conta de matéria publicada por um jornal brasileiro O Globo.

O então candidato à Presidência da República ajuizou pedido liminar, em primeiro grau, para impedir o referido jornal de publicar conversas suas com outras pessoas, as quais foram interceptadas supostamente de forma ilícita.

Tendo acesso ao conteúdo dessas conversas, o jornal publicou uma matéria com o título “**Garotinho sabia do suborno**”, na qual retratava o possível envolvimento do candidato com o suborno de um auditor fiscal da Receita Federal, responsável pela autorização de sorteios realizados no “Show do Garotinho”, programa que foi ao ar naquele ano, na Rádio Tupi e TV Bandeirantes.

Após o deferimento dessa liminar, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Jornal interpôs Recurso Extraordinário para que o assunto fosse debatido no Supremo Tribunal Federal.

A empresa alegou, em síntese, a fiel observância ao artigo 5º, incisos IX, XII e XIV, e do artigo 220, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

Em contrapartida ao que foi alegado pela recorrente, o então Governador alegou em sua defesa violação ao artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988, bem como aos artigos 10 da lei 9296/96 e ao art.151, §1º, II, “c”.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha concluído pelo indeferimento da liminar ajuizada pelo jornal por conta da violação ao sigilo das

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

comunicações telefônicas do recorrido, os Ministros reiteraram a ideia da relevância da liberdade de imprensa, na qual se inclui a liberdade de informação, principalmente quando se tratar de um interesse público, seja no conteúdo da matéria ou seja pela pessoa pública

No que tange o segundo caso julgado escolhido, oportuno mencionar o seguinte. Tratou-se da ADPF nº 130/2009 que teve por objetivo discutir a constitucionalidade da denominada Lei de Imprensa.

Durante anos, a Lei da Imprensa produziu efeito no Brasil. Isso durou até o ano de 2009, no qual se debateu, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais proposta pelo Partido Democrático Trabalhista PDT, a eficácia dessa lei no atual cenário brasileiro.

Nesse debate ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal, é importante salientar o atual posicionamento dessa Corte no que se refere ao tema supramencionado, qual seja, a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, e a aplicação da ponderação como instrumento saneador dessa colisão.

Nesse passo, pode-se concluir preliminarmente que, em conformidade com os ensinamentos do Ministro Menezes Direito, ainda que haja uma tendência preferencial à liberdade de imprensa, quando do conflito com outros direitos constitucionalmente amparados, não se deve deixar às margens de uma interpretação atenciosa da Constituição a dignidade da pessoa humana e seus direitos iminentes, os quais também contribuem para a estruturação de uma democracia plena.

Após o exame de dois casos emblemáticos envolvendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essencial para o deslinde do presente estudo o exame a respeito dos principais precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do conflito de direitos fundamentais da intimidade em face dos relativos à liberdade de expressão.

3.2.2 STJ

No âmago do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esse choque de direitos fundamentais vem sendo enfrentado pelos ministros incidentalmente em inúmeros processos, pois a resposta a essa pergunta, conforme restará demonstrado pelo panorama legislativo apresentado a seguir, passa praticamente sempre por reflexão de cunho eminentemente constitucional, discussão essa de competência do Supremo Tribunal Federal.

As diversas turmas deste tribunal vêm construindo jurisprudência considerável acerca do assunto, sobretudo a partir de casos que envolvem pedidos de indenização por danos morais.

Trata-se, em regra, de discussões inerentes ao uso de imagem, violação da honra, limites para divulgação pública de informações pessoais, tudo isso em contraposição ao direito da sociedade de informar e ser informada pelos veículos de comunicação.

Dentre os temas que envolvem tal conflito de direitos fundamentais, oportuno iniciar o exame desse tópico relativo à jurisprudência do STJ com casos que envolvam a ponderação.

O STJ tem se valido da técnica de ponderação de princípios para solucionar referido conflito. A decisão a respeito de qual lado da balança deve ter maior peso ocorre de forma casuística, ou seja, consiste na análise de cada caso concreto.

Ou seja, não existe uma fórmula pronta: em alguns casos, conforme visto na pesquisa, vencerá o direito à informação; em outros, porém, a proteção da personalidade.

O que norteia a aplicação desses princípios e a escolha de um ou outro direito é o interesse público da informação. Em outras palavras, se determinada notícia ou reportagem sobre pessoa veicula um dado que, de fato, interessa à coletividade, a decisão tende a beneficiar a liberdade de imprensa.

Entretanto, se a pessoa é prejudicada por uma notícia que se restringe à sua vida privada, haverá grande chance de ela obter indenização por ofensa à honra ou à intimidade.

Prevalece, neste caso, o entendimento de que, embora seja relevante, o direito à informação não é uma garantia absoluta. Nesse sentido, oportuno mencionar precedente oriundo da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do então Ministro Massami Uyeda, proferido em dezembro de 2007⁴⁹:

A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, realizada reflexão a respeito da ponderação na jurisprudência desse tribunal, imperioso avançarmos rumo aos entendimentos relativo às questões que

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 783139. Recorrente: S/A Gazeta. Recorrido: José Maria Ramos Gagno. Relator: Ministro Massami Uyeda, **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 02.02.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

envolvam veracidade das informações e a consequente geração da impossibilidade do pleito indenizatório.

De acordo com o rol de precedentes estudados foi possível verificar que algumas decisões do STJ levam em consideração que a verdade do que é publicado é condição indispensável para a configuração do interesse público da informação, o que impossibilita a responsabilização civil de quem divulga a matéria. É o caso, por exemplo, do recurso julgado em 2002 pela 3ª Turma⁵⁰.

Na ocasião, os ministros entenderam que, no plano infraconstitucional, o abuso do direito à informação está exatamente na falta de veracidade das afirmações divulgadas. Ademais, entenderam que o interesse público não poderia autorizar “ofensa ao direito à honra, à dignidade, à vida privada e à intimidade da pessoa humana”.

A questão era, até então, apreciada sob o prisma da Lei de Imprensa, cuja inconstitucionalidade foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O STJ, após tal acontecimento, utiliza a legislação civil, além da própria Constituição para solucionar os conflitos.

Em maio de 2009, a 3ª Turma julgou o primeiro recurso especial⁵¹ sobre a responsabilidade de veículo de comunicação após a retirada da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico. A decisão sobre o caso foi relatada pela ministra Nancy Andrighi.

O recurso foi interposto pela TV Globo com o intuito de alterar uma decisão de segunda instância que havia condenado a emissora a pagar indenização por ter veiculado reportagem no programa “Fantástico” na qual relacionava um jornalista à denominada “máfia das prefeituras” no Espírito Santo.

A decisão do STJ, ao afastar a indenização, tornou-se uma espécie de libelo a favor da liberdade de imprensa com responsabilidade. No voto, a ministra relatora debruçou-se sobre a natureza do processo de produção de notícias, reconhecendo não ser possível exigir que a mídia só divulgue fatos após a certeza plena de sua veracidade.

Nesse viés, imperioso mencionar partes do raciocínio da relatora:

Impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte”.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 439584/SP. Recorrente: José Roberto Batochio. Recorrido: Luis Nassif. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 09.12.2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 984803/ES. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Hélio de Oliveira Dorea. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.08.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

(...)

O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

Seguindo o voto da relatora, os ministros do colegiado entenderam que a reportagem não havia feito afirmação falsa e que, como o programa não agira de maneira culposa, não deveria arcar com a indenização.

Nesse passo, destaca-se o seguinte trecho de seu voto:

“O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. Pode-se dizer que o jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar”.

Delineados discussões importantes, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão cristalina resta a importância de adentrarmos em discussão intrinsecamente relacionada ao presente estudo, qual seja: relação entre direito da personalidade e sua flexibilidade perante à liberdade de expressão.

O conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, em especial o direito à intimidade, também se apresenta com regularidade em processos julgados pelo STJ, cujas partes são pessoas com notoriedade, como artistas, políticos, empresários.

A jurisprudência brasileira reconhece que essas pessoas têm proteção mais “flexível” dos direitos relativos à sua personalidade, como a imagem e a honra. O entendimento do STJ, entretanto, é que mesmo pessoas notórias têm direito a uma esfera privada para exercer, livremente, sua personalidade.

Com base na premissa exposta acima, as pessoas com notoriedade não podem ser vítimas de informações falsas ou levianas destinadas a aumentar a venda de determinadas publicações ou simplesmente ofensivas.

Esse posicionamento ficou claro no julgamento de dois recursos apreciados pela 3ª e pela 4ª Turma, respectivamente. O primeiro processo⁵² teve origem com a divulgação por uma revista de fotos de um conhecido ator casado. As imagens o mostravam beijando outra mulher.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 984803/ES. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Hélio de Oliveira Dorea. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. STJ, Brasília. Acórdão publicado em 19.08.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

Já o segundo⁵³ envolveu a veiculação por uma rádio de Mossoró, no Rio Grande do Norte, de informações ofensivas à prefeita da cidade. O STJ manteve a decisão da segunda instância da Justiça fluminense, que havia condenado a editora da revista a indenizar o artista.

O fundamento da decisão consistiu exatamente no fato de que o ator, pessoa pública conhecida por participar de várias novelas, possui direito de imagem mais restrito, “mas não afastado”.

Os ministros concluíram, neste interstício processual, que houve abuso no uso da imagem, publicada com “nítido propósito de incrementar as vendas” da revista. A tese de que pessoas notórias, embora de maneira mais restrita, possuem direito a prerrogativas inerentes à sua personalidade também alcança os políticos.

No recurso envolvendo a rádio de Mossoró, o Superior Tribunal de Justiça, favorável aos argumentos apresentados pela prefeita, definiu que o exercício da liberdade de informação encontra limite na honra da pessoa que é objeto da informação divulgada.

No voto que orientou a decisão no processo, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, explicitou esse entendimento, senão vejamos:

Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa.

(...)

Notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada.

O mesmo raciocínio jurídico aplicado às pessoas notórias acima colocado, vale frisar, também é utilizado por alguns ministros do STJ na apreciação de recursos que tratem de questões como a dos crimes contra a honra: calúnia, injúria e difamação.

Nesses processos de natureza penal, também é frequente os julgadores analisarem a colisão entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade.

Na esfera penal, vê-se a presença de mais um elemento comum nas decisões do STJ que lidam com o assunto: o princípio da não culpabilidade, também chamado de presunção de inocência.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 706769/RN. Recorrente: Rede Resistência de Comunicação LTDA. Recorrido: Rosalba Ciarlini Rosado. Relator: Luis Felipe Salomão. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 27.04.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

Expresso na Constituição Federal como garantia fundamental dos cidadãos, o princípio informa que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado (esgotamento da possibilidade de recurso) de uma decisão judicial condenatória.

Para parte dos ministros do STJ, ao divulgar informações sobre pessoas que são acusadas em investigações criminais da polícia ou que figuram como réus em ações penais, os veículos de comunicação devem sempre levar em conta a presunção de inocência.

Em outras palavras, isso não significa limitar o livre fluxo de informações, mas sim um alerta para que as informações sejam divulgadas de forma responsável, de maneira a não violar outros direitos de investigados, por exemplo, a honra.

Esse entendimento pode ser perfeitamente verificado no voto apresentado pelo ministro Hamilton Carvalhido em 2005, num julgamento de uma ação penal originária⁵⁴pela Corte Especial do STJ.

Dentre os pontos existentes no caso, houve o destaque para a imprescindibilidade do direito à livre informação, algo que considera “fundamental à democracia”, ressaltando, porém, que tal garantia encontra limites na própria Constituição.

Segundo o Ministro, embora livres e independentes no direito e dever de informar a sociedade, os meios de comunicação estão limitados no Estado de direito às garantias fundamentais, valendo o destaque para a conclusão ali alcançada:

[...] a honra das pessoas que, em tema de repressão ao crime e à improbidade, há de estar permanentemente sob a perspectiva da presunção de não culpabilidade, por igual, inculpada na Constituição da República.

Encerrando os principais tópicos inerentes ao conflito entre direito à intimidade e a liberdade de expressão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, oportuno tecer reflexão a respeito do momento em que a privacidade sucumbe ao direito à informação.

Se, por um lado, a liberdade de informar encontra barreira na proteção aos direitos da personalidade, decisões desse tribunal evidenciam que, em diversas ocasiões, prevaleceu a livre informação, como nas hipóteses em que as partes provocam o interesse jornalístico para depois, a pretexto de terem sua honra ou imagem violadas, buscar indenizações na Justiça.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn nº 388/DF. Autor: JKB. Réu L.F.F de S e Outros. Réu: C.J.T Relator: Hamilton Carvalhido. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.10.2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

Ministros do Tribunal reconhecem que, em casos específicos, atores, jogadores e até mesmo pessoas sem notoriedade se beneficiam da mídia para alavancar suas carreiras. Nesses casos, por óbvio, as manifestações judiciais, na maioria das vezes, não reconhecem ofensa às prerrogativas da personalidade.

Em recurso⁵⁵ julgado em 2004, o ministro à época Cesar Rocha enfrentou a questão como relator. O caso envolvia a publicação em um jornal local da foto de uma mulher de topless numa praia em Santa Catarina.

A referida mulher recorreu à Justiça reclamando indenização por danos morais e, após vários recursos, o caso chegou ao STJ. O então relator não conheceu do recurso interposto pela suposta vítima, entendendo que a proteção à privacidade estaria limitada pela própria exposição pública realizada por ela de seu próprio corpo.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

(...)

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa.

O mesmo ministro manifestou-se da mesma forma em outro processo⁵⁶, processo este que acabou tornando-se paradigma em casos que discutem o direito à imagem. Tratava-se, na espécie, do pagamento de indenização a uma famosa atriz e modelo por uso indevido de sua imagem em determinada revista.

Ao se manifestar no caso, o relator deu razão à atriz, afirmando que, por se tratar de direito personalíssimo, sua imagem só poderia ser utilizada caso tal fato fosse autorizado por ela.

O ministro ressaltou que a exposição pública de imagem deve condicionar-se à existência de interesse jornalístico que, segundo ele, tem como referencial o interesse público, ponderando, entretanto, que a disciplina jurídica é diferente nos casos em que a imagem é captada em cenário público ou de maneira espontânea.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 595.600/SC. Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Relator: César Asfor Rocha. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.09.2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 58101/SP. Recorrente: Vera Alice Zimmerman. Recorrido: Editora Azul S/A. Relator: César Asfor Rocha. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 09.03.1998. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

Encerrada a análise dos principais precedentes inerentes ao conflito de direitos fundamentais objeto da presente análise, importantíssimo analisarmos o comportamento dos diversos tribunais espalhados pelo país.

3.2.3 Tribunais Brasileiros

Em novembro de 2011, uma descendente de Lampião requereu ao Poder Judiciário de Sergipe a proibição “de forma definitiva, de publicar, veicular, expor publicamente, vender, doar onerosa ou gratuitamente, o livro a respeito do cangaceiro⁵⁷”.

A autora apontou a falta de autorização prévia para a publicação, como circunstância atentatória à intimidade e privacidade de Virgulino Ferreira (Lampião) e Maria Dea dos Santos (Maria Bonita), configurado “aviltamento da honra”. A peticionária também apontou a existência de elementos preconceituosos à orientação sexual e intolerância religiosa.

A obra Lampião, o Mata Sete afirma que o famoso cangaceiro seria homossexual. Em 2014, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Sergipe, por unanimidade, reformou sentença anterior que determinava a proibição do lançamento da obra.

Na decisão, o relator embasou seu voto em posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que “a superação de antagonismos existentes entre direitos fundamentais resolve-se, em cada situação ocorrente, pelo método da ponderação concreta de interesses”, sendo papel do Poder Judiciário definir “a liberdade que deve prevalecer no caso concreto”.

O relator utilizou argumentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e do Ministro Celso de Melo - o último em decisão no agravo de instrumento nº 595395/SP – senão vejamos:

Não é demais repetir que, se a recorrida, autora da ação, sentiu-se ‘ofendida’ com o conteúdo do livro pode-se valer dos meios legais cabíveis. Porém, querer impedir o direito de livre expressão do autor da obra, no caso concreto, caracterizaria patente medida de censura, vedada por nosso Constituinte.

⁵⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe -TJSE. Recurso de Apelação cível processo nº 201200213096. Apelante: Pedro de Moraes Silva. Apelado: Expedita Ferreira Nunes. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. Acórdão, 30/09/2014.

No contexto do artigo 20 do Código Civil, outro caso emblemático foi o documentário produzido por Glauber Rocha, intitulado Di-Glauber, que retrata o funeral do pintor Di Cavalcanti filmado em outubro de 1976.

Em 1977, o filme ganhou o Prêmio do Especial do Júri do Festival de Cannes. Dois anos depois, 1979, a filha do pintor solicitou ao Poder Judiciário a proibição da exibição do filme, tendo obtido decisão favorável em mandado de segurança proferida pela 7ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

Ainda sobre o tema, em 2001, a biografia de Noel Rosa foi proibida. Lançada em 1990 pela editora UnB de autoria de João Máximo e Carlos Didier, o livro ficou disponível para compra até 1994.

Após esse ano, houve várias tentativas frustradas de republicar a obra. Em 2001, as sobrinhas de Noel Rosa reivindicaram a herança do músico, após a morte da esposa do sambista que detinha tutela sobre os bens. As sobrinhas decidiram processar os autores do livro e a UnB por invasão de privacidade da família (UnB AGÊNCIA. Uma história pouco compartilhada. 16 de fevereiro de 2010) e impediram reedições do referido livro.

Continuando a abordagem do tema em outros tribunais brasileiros, oportuno se faz o exame de interessante precedente oriundo do Tribunal Superior do Trabalho.

A sétima turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar determinado processo⁵⁸, condenou uma empresa de comunicações a indenizar em R\$ 50.000,00 uma operadora de telemarketing por estabelecer um "controle gestacional" de suas empregadas.

Na reclamação trabalhista, a empregada afirmou que a empresa teria realizado um "programa de gestação" com o intuito de regular qual empregada poderia ou não engravidar. Segundo ela, tal prática era ofensiva a sua honra e dignidade.

Conforme apurado, as regras eram enviadas por e-mail pela gerente e excluíam do cronograma as empregadas que não fossem casadas oficialmente. As que já tivessem filho somente poderiam engravidar depois das empregadas à frente na ordem de preferência.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-755-28.2010.5.03.0143. Recorrente: Brasil Center Comunicações LTDA e Outra. Recorrida: Carla Borelli. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. TST, Brasília. Acórdão publicado em 19.09.2014. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

Ou seja, caso mais de uma empregada estivesse "elegível", a escolha deveria obedecer a ordem de chegada. O programa ainda orientava quem estivesse "elegível" para engravidar comunicar a empresa com antecedência de seis meses.

A 5ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora (MG) decidiu pela condenação da empresa por danos morais no valor de R\$ 20.000,00. O juízo considerou o episódio do e-mail "extremamente inadequado", e entendeu que houve afronta à liberdade das empregadas.

Já o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) considerou improcedente o pedido da empregada. Para o TRT não haveria comprovação da proibição de engravidar em razão do procedimento adotado pela empresa. O caso chegou ao TST em recurso de revista interposto pela trabalhadora, visando ao restabelecimento da sentença.

O relator do processo na Sétima Turma, Ministro Vieira de Mello Filho, destacou que havia planilhas comprovando a existência de um "Programa Gestacional" criado por uma das representantes da empresa (a gerente), "no intuito de conciliar as gravidezes das empregadas com o atendimento das demandas de trabalho". As planilhas estabeleciam uma "fila de preferência para a atividade reprodutiva das trabalhadoras".

Esses documentos permitem concluir que todas as mulheres em idade reprodutiva constantes da planilha tiveram a sua dignidade e intimidade ofendidas, "destacadamente na possibilidade de decidirem com autonomia a respeito de seus projetos de vida, de felicidade e do seu corpo, resultando discriminadas em razão de sua condição feminina".

Em seu voto, o Relator ressaltou que a Constituição Federal e a CLT já demonstram preocupação sobre a vulnerabilidade das mulheres no mercado de trabalho – a Constituição ao tratar da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e a CLT, nos artigos 373 e 391, sobre as condições de acesso da mulher ao mercado de trabalho e as ilicitudes de conduta voltadas a estas, incluindo-se aí o controle do estado gravídico das trabalhadoras.

O magistrado determinou que fosse oficiado o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho para que tomem as providências cabíveis para coibir a prática.

No caso em foco, vale destacar que o legislador constituinte incluiu no extenso rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo os direitos à intimidade e à vida privada, declarando sua inviolabilidade e assegurando a devida reparação pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A garantia à inviolabilidade da intimidade e da vida privada tem por objetivo fundamental resguardar a própria dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil, preservando do conhecimento de terceiros os fatos que envolvem sua existência privada, inclusive nos aspectos concernentes à sua intimidade.

Em decorrência dos referidos mandamentos constitucionais, resulta inquestionável que o controle gestacional das empregadas pela empresa revestiu-se de manifesta ilicitude perante ordenamento jurídico pátrio, configurando uma invasão indevida e desnecessária na intimidade e vida privada das trabalhadoras.

Deve-se ressaltar que no acórdão restou sacramentado que o poder diretivo do empregador não é absoluto, não podendo invadir e imiscuir-se na intimidade e vida privada de suas contratadas, nem a empregada fica despida de seus direitos constitucionais pelo simples fato de exercer atividade laborativa subordinada.

Outro caso interessante a ser destacado diz respeito ao julgado realizado perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁹ em que, dentre outros debates restou consignado que tanto o direito à informação, quanto os direitos da personalidade, são direitos fundamentais do ser humano. Desse modo, ambos possuem proteção constitucional, mas cada qual com características que lhe são próprias.

Nessa senda, importante mencionar trecho do voto proferido no referido julgado:

Na solução de conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, "no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. No caso sub judice o autor teve sacrificada sua honra, sua intimidade, durante o programa "Trajeto Verdade, conduzido pelo radialista Cláudio e transmitido pela ré Radio Portal. Presente a violação a direito de personalidade, causada por abuso no exercício da liberdade de expressão e informação, a reparação do dano correspondente mostra-se imperativa. DANO MORAL. FIXAÇÃO. Fixação do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. Precedentes desta Corte de Justiça e do STJ. APELAÇÃO DE CLÁUDIO DESPROVIDA. APELO DA RÁDIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os problemas gerados a partir do conflito entre a liberdade de comunicação e a violação da intimidade têm alcançado novas facetas diante da evolução da sociedade, em

⁵⁹ BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70027820091, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/11/2009. Data de Julgamento: 26/11/2009 Publicação: Diário da Justiça do dia 11/01/2010. Disponível em:<www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 30.jan.2015.

especial, em face das novas tecnologias da informação que têm chegado ao Judiciário brasileiro.

O número de pessoas que ingressam com ações buscando a tutela jurisdicional para repelir a invasão em suas vidas em face do abuso na utilização dessas tecnologias aumenta exponencialmente a cada dia em todo o país.

Nesse prisma, poucos casos ganharam tanta notoriedade no Brasil como o vídeo disponibilizado no Youtube com cenas de uma gravação feita com a modelo Daniela Cicarelli e seu namorado à época, Renato Malzoni Filho, trocando carícias na praia espanhola de Cádiz, em setembro de 2006 e mantendo relações sexuais dentro do mar.

Neste episódio, a modelo e o namorado não autorizaram a gravação, tampouco a sua divulgação na web, o que fez com que o casal ajuizasse ação perante à Justiça paulista alegando violação do direito à intimidade e à imagem do casal.

Sobre o assunto, a doutrina destaca que o caso da modelo brasileira reflete típico exemplo de como a utilização da Internet pode ser potencialmente ofensivo à imagem de qualquer cidadão devendo, por derradeiro, existir a devida proteção jurídica para casos semelhantes não sendo possível, nesse passo, a invocação da qualidade de pessoa pública para justificar uma suposta “ditadura das massas” (AZUMA, 2015, p. 4).

Entretanto, na presente hipótese, observa-se que o Judiciário não usou de razoáveis critérios de proporcionalidade para garantir a satisfação do pedido dos autores, uma vez que a decisão da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o bloqueio do Youtube para os assinantes do provedor de acesso à Internet Brasil Telecom, Telefônica e Embratel. Ainda sobre a questão, Azuma posiciona-se:

Neste aparente conflito de direitos fundamentais, a medida adotada de bloquear o site Youtube é questionável sob vários aspectos. O primeiro deles é que, se o bloqueio ao site é motivado pela necessidade de se proibir o acesso ao vídeo da modelo, além do excesso e da desproporcionalidade da medida (conforme visto alhures, atinge mais de 5 milhões de usuários), também parte do equivocado pressuposto de que as pessoas que acessam o site o fazem exclusivamente para ver o conteúdo referente às cenas da modelo (AZUMA, 2015, p. 4).

Assim, restava indene de qualquer dúvida o direito de o casal ver cessar a situação de flagrante violência à intimidade e à vida privada. A situação evidenciou, por derradeiro, os danos que o mau uso das novas tecnologias pode causar às pessoas.

Porém, por se revelar uma demanda social extremamente recente e por se fundar também numa colisão de direitos fundamentais, alguns magistrados agem com desproporcionalidade ao efetivar a tutela.

Frente à complexidade da questão, o tribunal paulista concedeu medida liminar que bloqueou por várias horas o acesso de milhões de pessoas ao site, impedindo que milhões de usuários completamente indiferentes ao vídeo da modelo, tivessem acesso ao restante do conteúdo do Youtube.

Encerrado panorama jurisprudencial da questão posta em voga tanto na seara constitucional como na infraconstitucional, é possível destacar os principais pontos que foram enfrentados no exame da ADI nº 4815, no Supremo Tribunal Federal.

3.3 ADI 4815 e os direitos em jogo

Demonstrada a relevância histórica dos direitos fundamentais em nossas vidas, uma vez que acompanha a sociedade durante uma longa caminhada, oportuno demonstrar, nas presentes linhas, a relevância específica do conflito posto sob análise (direito à intimidade vs. direito à liberdade de expressão no caso referente às biografias).

Nota-se pela entrevista dada por Benjamin Moser⁶⁰ (autor da biografia “Clarice”) ao “Terra Magazine” - em que se posiciona no sentido de que a lei das biografias não autorizadas no Brasil deve mudar - que o conflito entre direitos fundamentais em epígrafe ganhou visibilidade não apenas no Brasil como também internacionalmente.

No meio acadêmico é possível vislumbrar que, a título de exemplo, professores da Universidade de São Paulo – USP⁶¹ e profissionais da área jurídica, como o advogado Rui Bittencourt⁶² já se manifestaram sobre o tema em discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

⁶⁰ O inteiro teor da entrevista está disponível em:<<http://www.saraivaconteudo.com.br/Blogs/Post/22166>>. Acesso em 11 out. 2013.

⁶¹ O inteiro teor da entrevista está disponível em:<<http://www5.usp.br/35642/professores-da-usp-defendem-direito-as-biografias-nao-autorizadas/>>. Acesso em 29 out. 2013.

⁶² O inteiro teor da entrevista está disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/rui-bittencourt-direito-autoral-biografia-quem-escreve>>. Acesso em 27 nov. 2013.

Não apenas no meio internacional e científico a discussão tem sido levantada como também no meio artístico, sendo possível encontrar depoimentos antagônicos, como por exemplo, dos cantores Leonardo⁶³ e Roberto Carlos⁶⁴.

Consolidando a relevância do tema proposto, destaca-se que o julgamento da ADI 4815, juntamente com todo seu pano de fundo, ganhou destaque na esfera política do país⁶⁵, sendo motivo para acompanhamento de importantes sites jornalísticos⁶⁶, assim como de programas televisivos de grande porte⁶⁷, quando chegaram, inclusive, a entrevistar o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Joaquim Barbosa⁶⁸.

Importante destacar a questão central envolvendo a ADI 4815, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de Ação de Direta de Inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL cujo objetivo foi o de obter a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), os quais conteriam disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados.

É alegado, em síntese, que os referidos dispositivos conteriam regras incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação uma vez que “em que pese o pretense propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam 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)”.

⁶³ O inteiro teor da entrevista está disponível em:<<http://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2013/11/06/biografia-nao-autorizada-seria-mentirosa-diz-leonardo.htm>>. Acesso em 06 nov. 2013.

⁶⁴ O inteiro teor da entrevista está disponível em:<<http://g1.globo.com/musica/noticia/2013/10/roberto-carlos-diz-ser-favoravel-biografias-sem-autorizacao.html>>. Acesso em 27 out. 2013.

⁶⁵Notícia veiculada no sítio do G1.com disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/regra-para-publicacao-de-biografias-deve-ser-definida-pelo-supremo.html>>. Acesso em: 19.dez.2013.

⁶⁶ Notícia veiculada no sítio do G1. Disponível em:< <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2013/12/stf-julgara-biografia-nao-autorizada-no-1-semester-de-2014-diz-barbosa.html>>. Acesso em: 18.dez.2013.

⁶⁷ No site do fantástico é possível vislumbrar uma das reportagens sobre o tema. Disponível em:<<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/10/entenda-polemica-sobre-proibicao-de-biografias-nao-autorizadas.html>>. Acesso em: 27.out.2013.

⁶⁸ O inteiro teor da reportagem encontra-se disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/barbosa-defende-indenizacoes-em-caso-de-biografia-nao-autorizada.html>>. Acesso em: 14.out.2013.

Por óbvio e, diante de tal aspecto, a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL argumenta que “as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita. Sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir a prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) importa consagrar verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e ao direito à informação de todos os cidadãos”.

Dadas as peculiaridades do caso e o interesse público que envolve a presente demanda foi realizada audiência pública nos dias 21 e 22 de novembro de 2013, que contou com a participação de 17 *amici curiae*, valendo destacar, a título exemplificativo, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, a Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão – ABPITV, dentre outros.

O presidente do Senado Federal e o Advogado Geral da União, em respectivas manifestações, manifestaram-se pela constitucionalidade dos referidos artigos, ou seja, manifestaram-se pela improcedência do pedido exposto na inicial.

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pela declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos respectivos artigos do Código Civil de 2002.

Após analisar os precedentes proferidos na Suprema Corte Norte Americana, no Tribunal Constitucional Alemão, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Europeia de Direitos Humanos foi possível concluir preliminarmente que, diante da recente mudança de paradigma político existente em todos esses países é possível vislumbrar uma crescente preocupação com a proteção à liberdade de expressão em face da intimidade.

No capítulo seguinte serão analisados os elementos axiológicos postos pelo Supremo Tribunal Federal nos casos que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão, em especial, naquele julgado pela ADI 4815.

4 ANÁLISE DOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS POSTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS QUE ENVOLVEM O CONFLITO ENTRE DIREITO À INTIMIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS REFLEXOS NA ADI 4815

Diante dos raciocínios até aqui expostos, tanto por parte de Robert Alexy, como aqueles de Jürgen Habermas, indagou-se se o número de juízos os quais utilizam-se equivocadamente do método da ponderação estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão.

Ademais, outra indagação restou possível, qual seja: quais seriam as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais?

Para responder às duas perguntas acima propostas, oportuno destacar, inicialmente, o panorama jurídico que envolve a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4815, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

4.1 Colocação do problema enfrentado pelo STF

Antes de refletirmos a respeito das consequências sistêmicas do uso da ponderação no conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da intimidade, importantíssima se torna a análise a respeito da questão jurídica – e seus fundamentos – colocada nas mãos do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livro – ANEL.

A ação direta então proposta objetiva a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), cuja abertura textual teria dado ensejo à proibição de biografias não autorizadas pelas pessoas cuja trajetória é retratada nas obras.

Com base na interpretação que dada aos referidos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, a autora afirma que “a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

A autora tenta demonstrar que os dispositivos legais em questão, graças a sua “amplitude semântica”, não se encaixariam com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação.

De acordo com a inicial, a dicção supostamente ampla que lhes foi conferida acabaria dando ensejo à proliferação de uma censura privada condizente à proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas.

Com o intuito de confirmar tal raciocínio, é afirmado que “as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública”, gozariam de “uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita” pelo simples fato de que suas histórias de vida passariam a confundir-se com a própria história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público.

Diante de tal perspectiva, é asseverado pela Associação que exigir a prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) consagraria tanto censura privada à liberdade de expressão dos profissionais envolvidos em tal ramo de mercado (autores, historiadores e artistas em geral), como ao direito à informação de todos os cidadãos.

Dando continuidade ao raciocínio, é alegado que, apesar do propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem, a princípio, qualquer exceção que contemplasse as obras biográficas diretamente, acabariam violando as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do direito difuso da cidadania à informação, previsões expressas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos IV, IX e XIV, respectivamente.

A exigência de prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) acarretaria vulneração da garantia, como um todo, da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, que o constituinte originário teria assegurado de forma plena, independentemente de censura ou licença.

Adentrando aos aspectos intrínsecos da argumentação, a autora afirma que as figuras públicas, ao adquirirem posição de visibilidade social, teriam necessariamente inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se, obrigatoriamente e sem qualquer restrição, ao relato histórico e às biografias, literárias, dramatúrgicas e audiovisuais.

Quanto a essas, por evidente, não existiria qualquer dúvida sobre à desnecessidade de seu consentimento para a elaboração de obras biográficas a seu respeito partindo-se do pressuposto de que a nenhuma pessoa, anônima ou conhecida, seria conferido o direito de impedir a publicação ou a veiculação de obras biográficas, pelo simples fato de serem nelas retratadas.

Em outra perspectiva, é reiterado que submeter a livre manifestação de autores e historiadores ao direito potestativo dos personagens biografados – ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas – configuraria verdadeira censura privada, a qual teria sido igualmente banida pela Constituição de 1988.

Tal interpretação – que eleva a anuência do biografado ou de sua família à condição de verdadeiro direito potestativo – produziria, de acordo com a autora, efeito devastador sobre o mercado editorial e audiovisual, uma vez que escritórios de representação negociariam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria, não se tratando da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado, mas de uma disputa supostamente mercantil.

Sob a perspectiva da construção da memória coletiva, os efeitos deletérios da interpretação ora combatida seriam ainda mais graves haja vista, que o país se empobrece pelo desestímulo à historiadores e autores em geral, que esbarrariam invariavelmente em familiares que, por sua vez, seriam responsáveis por formular exigências financeiras desproporcionais.

Como se não bastasse tal aspecto, seriam igualmente graves as distorções provocadas por uma história contada apenas pelos seus protagonistas. Tratar-se-ia, como se vê, de um efeito silenciador e distorcivo dos relatos históricos e da produção cultural nacional.

Mais adiante, é salientado que em um mundo marcado pelo pluralismo de visões, o grave seria condenar o leitor à ditadura da biografia única – aquela “ditada” pelo biografado.

Neste sentido, o ordenamento jurídico deveria assegurar a publicação e a veiculação tanto das obras autorizadas pelos biografados como das elaboradas à sua revelia – ou mesmo contra a sua vontade –, cabendo aos leitores e espectadores formar livremente as suas opiniões e convicções.

Após citar trechos do parecer de Gustavo Tepedino, é iniciada reflexão a respeito da suposta preferência que o direito à liberdade de expressão poderia ter em face do direito à intimidade.

Destacando no que consiste a democracia e os aspectos que constituiriam seu núcleo, a autora cita precedentes jurisprudenciais⁶⁹ do Supremo Tribunal Federal que fundamentariam sua pretensão.

Em seguida, são estabelecidas premissas que dariam preferência à liberdade de expressão em detrimento do direito à intimidade, sobretudo, sob o aspecto do direito comparado sendo, nesse ponto, citados precedentes da Suprema Corte Norte-Americana e o art. 78 do Código Civil Português.

No tocante ao direito brasileiro, é destacado o Enunciado nº 279 da IV Jornada de Direito Civil⁷⁰, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, elaborado, a princípio, de acordo com a correta, em tese, exegese a ser extraída do art. 20 do Código Civil brasileiro.

Em complementação ao pedido principal, a autora pediu sucessivamente a adoção do *standard* segundo o qual quaisquer informações sobre figuras públicas ou pessoas envolvidas em eventos de interesse público poderiam ser divulgadas – pela imprensa ou em biografias – sem a necessidade de autorização prévia dos biografados, de seus familiares ou do Poder Judiciário⁷¹.

A presente ação direta tem por finalidade, portanto, afastar do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de consentimento tanto do biografado como também a de outras pessoas retratadas como coadjuvantes – ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas – para a publicação ou veiculação de obras biográficas uma vez que tal entendimento seria o único sobre a matéria que se revelaria consentâneo com a Constituição da República.

O Advogado Geral da União, ao se debruçar sobre a questão jurídica levantada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, manifestou-se no sentido de que em que pese tanto o direito à intimidade como o direito à liberdade de expressão estar

⁶⁹ São citados na petição inicial o Caso Gerald Thomas, (STF, HC 83996) e o Caso relativo à Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF nº 130).

⁷⁰ Art.20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

⁷¹ Neste ponto, a Autora cita o Caso New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

previstos como garantias na Constituição Federal de 1988, o segundo direito “nem sempre tem seu pleno exercício assegurado, pois” haveria “limites para a divulgação pública de informações pessoais” devendo, portanto, ser declarada a constitucionalidade dos arts 20 e 21 do Código Civil de 2002 haja vista que tais dispositivos orientariam “a relativização deste direito frente outro direito fundamental, de caráter personalíssimo e considerado inviolável pela Constituição, que é o direito à privacidade”.

A manifestação acima esboçada é fundamentada na seguinte linha de raciocínio. Inicialmente, partindo da premissa de que tanto o direito à privacidade quanto o direito à liberdade de expressão encontram respaldo na Constituição Federal de 1988 é destacado que o problema quanto a aplicação de tais direitos em determinado caso concreto surge, então, “na eventual colisão entre estes dois interesses, quando a livre expressão choça-se diretamente com os também fundamentais direitos e garantias individuais, igualmente inseridos de maneira firme pelo legislador constituinte”.

Após destacar precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é utilizado, assim como feito na petição inicial, ensinamentos de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2008, p. 558) em direção oposta no sentido de que “o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania e que a livre imprensa é o pressuposto de qualquer democracia.”

Em seguida, é citada doutrina sobre o tema no sentido de que a liberdade de imprensa, como todo direito existente, possui seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios (JABUR, 2000).

Nesse prisma, “a ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio (JABUR, 2000, p.100)”

Após citar julgados oriundos dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, a AGU continua a defender a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002 sob o fundamento de que “nenhum direito à liberdade de expressão será supremo ou superior aos direitos personalíssimos e, igualmente, que a liberdade de informar não poderá ter seu pleno exercício assegurado, sob pena de desequilíbrio com o outro direito, também fundamental, que é o direito à privacidade”.

Nesse diapasão, dando continuidade, são levantadas as seguintes ideias: “se a pessoa humana deve ser incondicionalmente preservada, pois traduz o norte do nosso ordenamento jurídico; e se o direito de informar não pode violar os direitos fundamentais personalíssimos, o raciocínio a ser empregado é que para as publicações biográficas que envolvem diretamente e justamente estes direitos fundamentais, evidentemente que não poderá existir a liberdade almejada através da presente ação”.

Em outras palavras, o objetivo da AGU ao manifestar-se sobre o tema consistiu na tentativa de demonstração de que a autorização seria necessária, não podendo servir de pretexto a suposta informação da sociedade, sob pena de devastar a vida de indivíduos.

Após levantar ponderações de José Afonso da Silva (2010) são levantadas afirmações sobre a produção de biografias feitas por Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999):

“Em uma biografia de uma pessoa pública, por igual, em que há a divulgação de fatos objetivos, pode haver a opinião pessoal do seu autor.

Enfim, é preciso não confundir as duas essências: informação e expressão. Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem a função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem a função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado. São fronteiras tênues, mas existentes, e que não devem ser ultrapassadas.

A divulgação de uma opinião é necessariamente parcial, pessoal, impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor, de modo que o receptor da opinião deve recebê-la não como matéria prima para seu pensamento, mas como matéria já trabalhada por outrem, já resolvida à luz dos fatos objetivamente recolhidos pelo conhecimento daquele. No primeiro caso, o receptor elaborará seu próprio pensamento; no segundo, aderirá ou não ao pensamento já formulado”.

Após tecer argumentos em prol dos efeitos negativos que a confecção de biografias podem gerar, a manifestação da AGU prosseguiu sua linha de raciocínio, ao utilizar como panoramas as obras de Janet Malcom (1995), Benito Schimidt (2009) e Vavy Pacheco (BORGES, 2009), no sentido de que “no trabalho biográfico é necessário o estabelecimento de limites, inclusive quanto às formas de divulgação e circulação das informações obtidas.”

Em continuidade à sua linha argumentativa, a partir de ensinamentos de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2003), a AGU defende a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002 sob o pretexto de que tais dispositivos servem, na verdade,

como ponderação plena a ser feita entre direito à privacidade e liberdade de expressão, bastando, portanto, “que o biografado nada tenha a objetar, afinal, são seus direitos fundamentais personalíssimos da imagem, privacidade, dignidade e honra que estarão ali retratados e não há nenhum outro direito que a estes não deva se curvar”.

Quanto à ponderação a ser feita no caso concreto, são levantados, na condição de requisitos, os seguintes: a veracidade dos fatos narrados e a existência de interesse público sobre o mesmo.

Nessa senda, abordando aspectos intrínsecos aos arts. 12 e 21 do Código Civil de 2002, a AGU em manifestação afirmou que, “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”.

Em sequência, o Ministério Público Federal, ao manifestar-se em parecer, opinou no sentido de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, além de atender aos pressupostos legais, deveria, no mérito, ser julgada procedente haja vista que a exigência de autorização dos biografados – ou seus herdeiros – configuraria “restrição legal manifestamente desproporcional aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e ao acesso à informação, consagrados pela Constituição da República (art. 5º, incisos IV, IX e XIV, art. 220, §§1º e 2º)”.

Em 10/06/2015, por decisão tomada pelo plenário, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu pela procedência da ADI para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para:

- a) 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);
- b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc.

X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.

Diante da colocação do panorama jurídico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 torna-se possível adentrarmos nas teorias da argumentação propostas por Robert Alexy e Jürgen Habermas.

4.2 A utilização da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão

Em relação ao Supremo Tribunal Federal foram escolhidos dois casos em especial, a saber: i) o caso Anthony Garotinho x O Globo⁷²; e ii) APDF 130/2009 – não recepção da lei de imprensa⁷³.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal se deparou com uma colisão de direitos fundamentais, a qual tratava do resguardo do direito à intimidade e à vida privada do governador do estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho – isso em 2002 –, por conta de uma matéria publicada pelo jornal brasileiro O Globo.

O então candidato à Presidência da República ajuizou um pedido liminar, em sede de primeiro grau, para impedir o referido jornal de publicar conversas suas com outras pessoas, as quais foram interceptadas supostamente de forma ilícita.

Tendo acesso ao conteúdo dessas conversas, o jornal publicou uma matéria com o título “Garotinho sabia do suborno”, na qual retratava o possível envolvimento do candidato com o suborno de um auditor fiscal da Receita Federal, responsável pela autorização de sorteios realizados no “Show do Garotinho”, programa que foi ao ar naquele ano, na Rádio Tupi e TV Bandeirantes.

Após o deferimento dessa liminar, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o jornal interpôs recurso extraordinário para que o assunto fosse debatido no Supremo Tribunal Federal.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

A empresa alegou, em síntese, a fiel observância ao artigo 5º, incisos IX, XII e XIV, e do artigo 220, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal de 1988, completando o raciocínio com as seguintes palavras:

Não pode haver dúvidas, pois, de que a Constituição Federal fez certa a liberdade de informar, que não pode ser atingida por qualquer tipo de censura. Não se nega a existência de dispositivos que garantem a inviolabilidade da intimidade e da imagem, mas o que se diz é que a censura prévia jamais poderá ser admitida por força do próprio texto constitucional.

Em contrapartida ao que foi alegado pelo então Governador, ora recorrido, alegou em sua defesa violação ao artigo 5º, incisos X (inviolabilidade da honra, da intimidade, da vida privada das pessoas) e XII (inviolabilidade das ligações telefônicas) da Constituição Federal de 1988, bem como aos artigos 10 da lei 9296/96 (crime de interceptação telefônica não autorizada) e ao art.151, §1º, II, c (crime de violação de correspondência).

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha concluído pelo indeferimento da liminar ajuizada pelo jornal por conta da violação ao sigilo das comunicações telefônicas do recorrido, os Ministros reiteraram a ideia da relevância da liberdade de imprensa, na qual se inclui a liberdade de informação, principalmente quando se tratar de um interesse público seja no conteúdo da matéria ou seja pela pessoa pública, conforme visto no voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence⁷⁴.

É possível vislumbrar, por derradeiro, que mesmo não existindo entendimento uníssono entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, existe ao menos a percepção do papel da liberdade de imprensa perante a sociedade, restando estabelecer se os direitos da personalidade, ora violados em diversos casos concretos, serviriam como parâmetro de limitação para o exercício de informar da imprensa, ou apenas como um elemento de reparação posterior, nos casos em que haja alguma publicação danosa.

Na suposta ponderação aqui realizada, é possível vislumbrar que os termos “interesse público”, “notoriedade” ou do “protagonismo político/social dos

⁷⁴ A respeito do voto proferido, oportuno destacar a seguinte passagem: A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais. Nos limites desse terreno – campo aqui e alhures, de permanente ocupação dos teóricos e de numerosas dissensões nos tribunais – é que a petição procura entrincheirar-se e sustentar a prevalência sobretudo, quando se trata de fatos de interesse público e relativos a homens públicos, da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais, a Constituição prescreveu a vedação peremptória da censura prévia.

interlocutores”, consistem sabidamente em conceitos abertos, não assegurando racionalidade - em outras palavras, previsibilidade - do discurso proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange o segundo caso julgado escolhido, oportuno mencionar o seguinte. Tratou-se da ADPF nº 130/2009 que teve por objetivo discutir a constitucionalidade da denominada Lei de Imprensa.

O segundo caso que será tratado é relevante tanto no âmbito deste estudo quanto no mundo jurídico brasileiro. Em outras palavras: foi tratada da (não) recepção da Lei da Imprensa pela Constituição Federal de 1988.

A Lei da Imprensa foi editada durante a Ditadura Militar brasileira – 1967 – com o intuito de regularizar, ou melhor, balizar a atividade exercida pelos jornalistas. Essa lei foi proposta pelo então Presidente da República, General Castello Branco, para coibir as manifestações da imprensa que se contrapunham ao regime autoritário da época.

Durante anos, a Lei da Imprensa produziu efeito no Brasil. Isso durou até o ano de 2009, no qual se debateu, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais proposta pelo Partido Democrático Trabalhista PDT, a eficácia dessa lei no atual cenário brasileiro.

Nesse debate ocorrido perante o Supremo Tribunal Federal, é importante salientar o atual posicionamento dessa Corte no que se refere ao tema supramencionado, qual seja, a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, e a aplicação da ponderação como instrumento saneador dessa colisão.

Ao votar, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto discorreu sobre a não aceitação explícita da atual Constituição Federal de 1988 do cerceamento, ou até mesmo da restrição, à manifestação do pensamento, independentemente do meio de transmissão.

Ainda assim, arrematou o relator, que mesmo que não se possa exercer a denominada censura dessa manifestação, é salutar a observância de outros direitos também previstos na Constituição, os quais estão diretamente ligados à liberdade de imprensa tornando-se oportuno mencionar trechos de seu voto:

Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do artigo 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior [vedação do anonimato, direito de resposta,

direito de indenização por dano moral e material à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, dentre outros], relacionados com a liberdade mesma de imprensa.

Isso confirma a ideia a respeito da real e efetiva análise dos direitos da personalidade como elementos capazes de frear o abuso da liberdade de se expressar, ou até mesmo de informar.

Porém, ainda que existente tal limitação à manifestação da imprensa, o Ministro Relator destaca a preponderância dessa liberdade em detrimento das demais, por sua notória relevância para a democracia.

Tal prevalência se torna clara nas palavras do Ministro Relator quando coloca a seguinte ideia:

Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput*, do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Explica ainda o Ministro Relator, segundo seu posicionamento, que a ponderação – elemento atuante nas colisões de direitos fundamentais – nada mais é do que uma análise cronológica, ou temporal, dos direitos. Elucida da seguinte forma:

Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobre direitos (faamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; (...).

Entretanto, tais pontos apontados pelo relator não obtiveram, em meio ao Plenário da Corte, aceitação unânime. Possuidor de entendimento diverso, o Ministro Menezes Direito – apesar de ter acompanhado o Ministro Relator no que tange à suspensão total da Lei da Imprensa em função da Carta Magna de 1988 – explicou em seu voto o princípio denominado de reserva qualificada, o qual subordina a atual realidade constitucional à preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política.

Segundo o voto divergente, ainda que ocorra a defesa pela liberdade de imprensa, nos casos de confronto entre esta e os direitos da personalidade, não se pode

deixar de lado a tutela dos direitos inerentes ao homem, os quais também solidificam a estrutura da democracia. Explica em seu voto o seguinte:

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de ideias. Mas essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.

Em outro momento de seu voto, o Ministro explicitou sua visão sobre a ponderação no caso da colisão entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, afirmando:

Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana.

Ainda no que diz respeito à problemática levantada, oportuno mencionar o seguinte encadeamento de ideias por parte do Ministro, senão vejamos:

Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano da ciência do direito constitucional. Não se trata, portanto, de firmá-la no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas de defini-la concretamente para que se possa sedimentá-la com entranha da própria base conceitual da sociedade democrática.

Neste passo, pode-se dizer preliminarmente que, em conformidade com os ensinamentos do Ministro Menezes Direito, ainda que haja uma tendência preferencial à liberdade de imprensa, quando do conflito com outros direitos constitucionalmente amparados, não se deve deixar às margens de uma interpretação atenciosa da Constituição a dignidade da pessoa humana e seus direitos imanentes, os quais também contribuem para a estruturação de uma democracia plena.

O fundamento principal utilizado pelo STF ao suspender a aplicação da Lei de Imprensa consistiu na não aceitação explícita da atual Constituição Federal de 1988 do

cerceamento, ou até mesmo da restrição, à manifestação do pensamento, independentemente do meio de transmissão.

Ao analisar o julgamento como um todo, tendo sido realizada a transcrição dos principais trechos dos votos proferidos naquela ocasião, chegou-se à conclusão de que a ponderação idealizada por Alexy definitivamente não fora utilizada.

Com o intuito de auxiliar o leitor no exame dos dados até aqui expostos, oportuno colacionar a seguinte tabela, cujo objetivo é o de mostrar o objeto dos casos concretos em análise, bem como as conclusões alcançadas e as observações preliminares possíveis de serem feitas, antes de serem examinadas com base nos referenciais teóricos aqui adotados, senão vejamos:

Caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal	Conclusões alcançadas nos respectivos julgamentos/ problema a ser enfrentado pelo STF:	Observações:
Caso Anthony Garotinho vs. O Globo	<p>A decisão do Supremo Tribunal Federal concluiu pelo indeferimento da liminar ajuizada pelo Jornal tomando por base a violação ao sigilo das comunicações telefônicas do recorrido.</p> <p>Ao negar o pedido liminar formulado pelo Jornal, no sentido de que a publicação dos fatos ocorresse em momento anterior ao deslinde da controvérsia na justiça, o STF negou tal pleito com base nas seguintes premissas, senão vejamos:</p> <p>(a) polêmica - ainda aberta no STF - acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade;</p> <p>(b) peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita - hoje, criminosa - de comunicação telefônica, que a Constituição</p>	<p>Na ponderação aqui realizada, os termos “interesse público”, “notoriedade” ou do “protagonismo político/social dos interlocutores”, consistindo sabidamente em conceitos abertos, não asseguram racionalidade, logo a previsibilidade do discurso proferido pelo Supremo Tribunal Federal.</p>

	protege independentemente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores.	
ADPF 130/2009	O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 130 concluiu pela suspensão da Lei da Imprensa em função dos ditames constantes na Carta Magna de 1988.	O fundamento principal utilizado pelo STF ao suspender a aplicação da Lei de Imprensa consiste na não aceitação explícita da atual Constituição Federal de 1988 do cerceamento, ou até mesmo da restrição, à manifestação do pensamento, independentemente do meio de transmissão. Ao analisar o julgamento como um todo, tendo sido realizada a transcrição dos principais trechos dos votos proferidos naquela ocasião, chegou-se a conclusão de que a ponderação idealizada por Alexy definitivamente não fora utilizada.
ADI 4815	O Objetivo da Autora consiste na declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002.	

Após o exame de dois casos emblemáticos envolvendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essencial para o deslinde do presente estudo o exame a respeito utilização inadequada da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão a partir de Robert Alexy e Jürgen Habermas.

4.3 Demonstração da utilização inadequada da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão a partir de Robert Alexy e Jürgen Habermas

Antes, contudo, da demonstração a respeito da inadequação da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal, oportuno destacar aspecto que, apesar de periférico ao presente estudo, mostra-se imprescindível para a exata compreensão do que aqui pretende se expor, senão vejamos.

Às fls. 44 de seu voto, a Relatora inicia o exame do mérito da questão afirmando que “o Brasil nunca teve carência de bons (às vezes ótimos) textos constitucionais e legais” sendo sempre certo, entretanto, que o problema reside no cumprimento integral de tais normas, ou seja, tudo gira em torno da efetividade normativa.

Com o intuito de minar a necessidade de autorização para elaboração e veiculação de biografias, a Ministra parte de premissas, como por exemplo, a de que a censura é lembrada em relação ao ilegítimo atuar do Estado, a de que diversos cientistas durante a história da humanidade viram suas obras confiscadas, de experiências pessoais em um colégio de freiras, a de que a cultura do politicamente correto não poderia permanecer inalterada, dentre outras.

Outro ponto que merece destaque é o raciocínio exposto pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de lhe cercear ou anular direitos fundamentais”.

Constatando-se tal cenário, é possível vislumbrar claramente que o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, enxergou a sociedade, a partir de um panorama utilitarista, como sendo um verdadeiro superorganismo cujo bem-estar, na visão de pensadores como Carlos Santiago Nino, seria algo bom em si mesmo, independente de como esteja distribuído (NINO, 1989, p. 246).

Premissas construídas como as supramencionadas não enxergam aspectos importantes no que diz respeito à aplicabilidade e distribuição dos direitos fundamentais como, por exemplo, a concepção de que a função principal dos direitos individuais, sob a perspectiva liberal, consiste em limitar a perseguição de objetivos sociais coletivos desmedidos, ou seja, de objetivos coletivos por si mesmos (NINO, 1989, p. 261).

Vale aqui frisar, entretanto, que o raciocínio liberal de forma alguma deseja excluir a legitimidade daqueles que perseguem objetivos sociais coletivos devendo, entretanto, referida busca ser devidamente fundamentada na não violação dos direitos fundamentais individuais. (NINO, 1989, p. 262).

Ou seja, o reconhecimento de certos direitos conforme o princípio da inviolabilidade da pessoa não apenas implica, logicamente, na limitação da persecução de objetivos coletivos no âmbito de aplicação desses direitos, como também implica em limitar em alguns casos o procedimento de decisão majoritária característico do sistema democrático o qual, mesmo com tal limitação, não deixaria de fluir de maneira eficiente (NINO, 1989, p. 263).

Ao abordarmos, em linhas gerais, o panorama utilitarista que predominou no referido acórdão, imperioso para fins de análise realizarmos estudo a respeito da ponderação utilizada na ADI 4815, senão vejamos.

Às fls. 115 de seu voto, a Relatora afirma que o método a ser escolhido para o deslinde da controvérsia entre o direito à intimidade e o à liberdade de expressão diz respeito ao balanceamento de direitos proposto por Robert Alexy.

Após destacar aspectos iniciais da Teoria dos Direitos Fundamentais por aquele Autor proposta, é citada a ementa da ADI 5.136-MC/DF em que restou decidido, em sede de liminar, que inexistiu violação da liberdade de expressão uma vez que, no §1º do art. 28 da Lei nº 12.663/2012, o legislador aplicou de maneira adequada o princípio da proporcionalidade para limitar manifestações que tendessem a gerar maiores conflitos, atentando contra a segurança dos participantes de evento de grande porte.

Com o intuito de tornar clara a discussão que se seguirá - utilização inadequada da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão a partir de Robert Alexy e Jürgen Habermas – oportuno se faz recuperar os pontos principais apresentados pelos dois autores. Iniciemos com a doutrina de Robert Alexy.

Alexy busca, utilizando-se da teoria da argumentação, demonstrar que é possível a confecção de juízos morais sendo, simultaneamente, banhados de racionalidade. Não apenas em relação aos juízos, o Autor afirma que os processos de decisão judicial podem,

através de sua teoria, ser racionais, mesmo com as limitações existentes no discurso jurídico.

Para alcançar tal objetivo, são estabelecidas normas básicas para a argumentação que garantem a participação de todos e, por derradeiro, a universalização dos critérios de discussão e dos seus resultados.

Tal construção é essencial, pois a moral, na percepção de Alexy, está relacionada à igualdade de condições para a participação nos processos que levarão à decisão e na liberdade de exposição de posições que os interessados julguem universalizáveis.

Em se tratando do discurso jurídico, os seus elementos constitutivos (as normas válidas, o cânone de interpretação e a dogmática), ao mesmo tempo em que limitam a discussão, institucionalizam as condições para que haja condições pragmáticas para chegar à decisão.

Neste lume, o discurso jurídico, com suas especificidades, é fundamentado nos princípios do discurso prático geral, sendo possível, por consectário lógico, o retorno de juízos morais na argumentação jurídica, sem que estes sejam tachados de impossíveis, parciais ou irracionais.

Dando continuidade, é possível inferir que o direito, na visão do Autor, não é formado apenas por regras (que se aplicam ou não se aplicam e não podem conviver em oposição no mesmo sistema jurídico, eliminando-se), mas também por princípios, que nada mais são do que normas de caráter mais geral do que as regras, os quais só podem concretizar-se em situações reais de aplicabilidade, uma vez que as condições de fato para a sua aplicabilidade não são de forma alguma claras (por exemplo, a proteção da dignidade humana e o direito geral de liberdade).

Os princípios, vale lembrar, possuem a estrutura de valores a serem realizados nos casos concretos de acordo com o esperado pela sociedade ou pelo sistema jurídico. Isso quer dizer que eles são as diretivas de conteúdo moral que devem ser aplicadas *prima facie*.

No entanto, partindo da premissa de que esses valores podem não ser bem fundamentados na sua exigência de aplicabilidade, pode ocorrer de ser necessária a reflexão sobre sua aplicação, podendo, portanto, serem repensados ou até mesmo mudados.

Neste viés, o meio capaz de assegurar a legitimidade dessa mudança diz respeito às regras do discurso prático geral (as regras do discurso jurídico pressupõem um sistema válido e estável a ser aplicado).

Eles são aplicáveis, em um primeiro exame, porque já possuem a presunção de legitimidade sobre o certo e errado, bem como sobre o viver bem de uma sociedade concreta, de tal modo que o ônus de convencer da mudança incumbe a quem a deseja (Trata-se aqui do princípio da inércia de Perelman, o qual é citado por Alexy).

Em que pese tal constatação, é plenamente possível que ocorra também que esses valores entrem em conflito, de modo que só a argumentação, nos moldes propostos por Alexy na sua teoria da argumentação jurídica, não seja capaz de garantir a racionalidade da decisão.

A respeito da racionalidade da decisão, eis o principal ponto levado ao debate entre o Alexy e Habermas consistindo, por derradeiro, no nascedouro das críticas do segundo em relação ao primeiro.

Tal problemática é justificada pela constatação de que princípios, aqui vistos como valores válidos e aceitos em abstrato na sociedade, podem entrar em oposição quando precisam ser aplicados no caso concreto.

Ou seja, a mesma situação pode ser regida por mais de um princípio (o que, de acordo com o modelo de Alexy, não ocorre com as regras, haja vista que se eliminam quando se encontram em contradição). Torna-se inevitável, portanto, a tomada de decisão que seja justificável racionalmente, não podendo refletir fruto da mera subjetividade do julgador.

Neste ponto específico, conforme detalhadamente visto em tópico próprio, resta clara a imprescindibilidade do princípio da proporcionalidade. Ora, conforme visto, os princípios não se eliminam, já que possuem um grau de generalidade tão alto que isso mantém a possibilidade de harmonia entre eles em abstrato.

Em que pese tal premissa, ao analisarmos o caso concreto, é possível inferir que os princípios sofrem restrições de aplicabilidade, uma vez que não representam valores absolutos.

Essas restrições, importante que seja lembrado, podem ser de fato⁷⁵ ou normativas⁷⁶. No último caso, é preciso estabelecer a carga de argumentação que leva à decisão, circunstância da chamada proporcionalidade em sentido estrito.

Como é possível notar, o princípio supramencionado condizente à proporcionalidade não estabelece a ponderação de valores, e sim de argumentos que direcionam a decisão para o outro lado dos valores em jogo, que, por si só, possuem, em abstrato, o mesmo peso não sendo possível inferir, por oportuno, que Alexy aceite uma ordem objetiva de valores.

Trata-se, em linhas gerais de valores que, ao ganhar força normativa em razão de decisões políticas válidas, regulam determinada situação concreta enquanto outros, também válidos porque frutos de decisão legítima, são afastados no caso.

Nesta senda, é possível dizer, a partir de Alexy, que existe ligação entre o direito e a moral. A argumentação jurídica, vista como caso especial da argumentação prática geral, permite em tese a discussão racional sobre a aplicabilidade de valores.

Quando não é possível estabelecer qual valor é determinante para a regra singular a ser aplicada no caso concreto, o método da ponderação mostra como se deve levar a cabo o processo argumentativo que vai privilegiar o conjunto de valores a prevalecer sobre outro, nada mais querendo dizer que são mais justificáveis argumentativamente do que as outras opções existentes.

Nesse passo, o controle por meio da argumentação prática geral permite identificar tanto o que deve ser aceito no processo argumentativo como também o que não pode, de forma incondicional, ser aceito. Isso afasta, portanto, as proposições morais absurdas, o que é o principal meio de identificar a extrema injustiça, conforme as condições pragmáticas de argumentação da sociedade concreta.

Ademais, tanto a observância às regras gerais do discurso racional prático como aos mecanismos institucionalizados do direito são a melhor garantia da pretensão de correção nos procedimentos de decisão jurídica.

A teoria da argumentação embasa, por consectário lógico, o recurso à extrema injustiça e à pretensão de correção como os elementos conectivos necessários entre direito

⁷⁵ Não há como um princípio ser aplicado se ele é desnecessário ou se o meio para a sua realização causa dano ou algum tipo de ônus desnecessário para atingi-lo como fim.

⁷⁶ Outros princípios concorrem com ele como possibilidade de regulação do caso concreto.

e moral partindo-se do ponto de vista interno do direito, ou seja, a visão do participante do jogo de linguagem do direito.

Ao relembrarmos os ensinamentos de Robert Alexy a respeito da ponderação, possível se torna adentrarmos ao exame da doutrina proposta por Jurgên Habermas.

Em conclusão ao tópico anterior foi exposto que, na visão de Habermas, é possível inferir que o critério da ponderação não foi bem utilizado, já que os argumentos funcionalistas, no momento das decisões então proferidas, prevaleceriam sobre os normativos, levando os direitos fundamentais a cair numa análise de custos e vantagens.

Neste diapasão, diante dos raciocínios até aqui expostos, seja por parte de Robert Alexy, seja por parte de Jürgen Habermas, indagou-se: o número de juízos os quais aplicam mal a ponderação estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão?

Ademais, outra indagação resta possível, qual seja: quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais? É o que será respondido neste tópico.

Apesar de inicialmente concordar com a tese da argumentação jurídica abordada por Alexy, Jürgen Habermas mudou de posição, conforme é possível inferir da leitura da seguinte passagem de sua obra (HABERMAS, 1997, p. 200), *in verbis*:

Esta situação levou-me, primeiramente, a conceber o procedimento judicial como agir estratégico. Deixei-me, entretanto, ser convencido por R. Alexy(1978), 263 ff., de que a argumentação jurídica, em todo o seu caráter institucional, deve ser conceituada como um caso especial do discurso prático. (O grifo não consta do original)

Já ao tratar sobre os paradigmas do Direito e Democracia, Habermas (HABERMAS, 1997, p.283), modificando sua postura anterior, passou a afirmar o seguinte, senão vejamos:

Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras de direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra esta tese do caso especial, de Alexy (defendida inicialmente de modo não específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação), levantou-se uma série de objeções.

Em seguida, comprovando de maneira cabal sua mudança de paradigma, Habermas arremata ao dizer:

A tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional (HABERMAS, 1997, p. 283).

Destacados os principais pontos do raciocínio de Habermas, oportuno se faz a análise quanto a sua percepção acerca dos direitos fundamentais propriamente ditos.

Até mesmo porque o entendimento de que princípios nada mais seriam do que mandados de otimização baseia-se em pressupostos metodológicos equivocados, haja vista que, além de não preservar o código binário do Direito, assimila direitos a valores (HABERMAS, 1997).

Um dos principais objetivos da obra, conforme explorado em momento anterior do presente estudo, consiste em comprovar o princípio da teoria do discurso em questões centrais da teoria do Direito, a saber: a) como lidar com o problema da indeterminação estrutural do Direito e garantir a racionalidade da prestação jurisdicional? (HABERMAS, 1997, p. 241-295); b) como uma interpretação jurídica pode operar no interior dos limites da separação dos poderes sem que o judiciário invada as competências legislativas e subverta os estritos limites legais da Administração? (HABERMAS, 1997, p. 297-354).

O problema da racionalidade da prestação jurisdicional nada mais é do que entender como a aplicação de um direito contingente pode ser realizado de maneira internamente consistente e externamente fundamentado de forma racional, de modo a garantir, simultaneamente, tanto a certeza do Direito como a correção (HABERMAS, 1997).

Ora, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente (HABERMAS, 1997, p. 246)⁷⁷.

⁷⁷ Mais adiante, Habermas aborda a diferença entre o aspecto da aplicação e o da fundamentação da norma, senão vejamos: “Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. [...] Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação. (HABERMAS, 1997, p. 269-270).”

Vale o destaque de que Habermas não nega a função dos princípios dentro do sistema. Pelo contrário, a partir da assunção do papel imprescindível dos princípios que Habermas vai rebater a crítica colocada pelo Critical Legal Studies – CLS.

Na perspectiva de Habermas, todas as normas vigentes são indeterminadas com relação à sua situação propriamente dita, o que requer conexões adicionais perceptíveis a partir da análise do caso concreto.

Nesta senda, uma norma válida somente fundamenta um juízo singular correto quando se conclui que ela é a opção unicamente possível para reger o caso concreto.

Em outro diapasão, o debate a respeito da indeterminação do Direito e consequente racionalidade da prestação jurisdicional relacionam-se diretamente com a segunda preocupação de Habermas, qual seja: como uma interpretação jurídica pode operar no interior do princípio da separação de poderes, sem que, contudo, o judiciário invada as competências legislativas?

A resposta no decorrer de sua obra é expressa no sentido de que a legitimidade do direito está intrinsecamente ligada, ou seja, depende da racionalidade de um processo legislativo, “o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito” (HABERMAS, 1997, p. 297).

Nesse ponto específico, a crítica dirige-se ao entendimento metodológico que iguala princípios a valores, do qual Robert Alexy é um grande defensor. De acordo com Habermas, vale frisar, os princípios jurídicos possuem, em seu âmago, sentido deontológico, enquanto que os valores possuem sentido teleológico.⁷⁸

Neste aspecto e, de acordo com Habermas, transformar, do ponto de vista conceitual, direitos em valores “significa um mascaramento teleológico de direitos que

⁷⁸ Conforme Habermas (HABERMAS, 1997, p.317) teoriza, as normas diferem dos valores nos seguintes pontos: a) através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; b) através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; c) através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; d) através dos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Ademais, oportuno transcrever a seguinte passagem, *in verbis*: À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, correto é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é correto o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom para nós. [...] Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas [...] através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos” (HABERMAS, 1997, p. 317-318).

encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação (HABERMAS, 1997, p. 318).

A desconsideração de tal fato, prossegue o autor, transformaria o judiciário em uma instância autoritária, fazendo com que todas as fundamentações pudessem assumir “o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica” dos princípios jurídicos (HABERMAS, 1997, p. 321).

No caso *Anthony Garotinho vs. O Globo*⁷⁹, conforme visto anteriormente, a decisão do Supremo Tribunal Federal concluiu pelo indeferimento da liminar ajuizada pelo Jornal tomando por base a violação ao sigilo das comunicações telefônicas do recorrido.

Ao negar o pedido liminar formulado pelo Jornal, no sentido de que a publicação dos fatos ocorresse em momento anterior ao deslinde da controvérsia na justiça, o STF negou tal pleito com base nas seguintes premissas, senão vejamos: (a) polêmica - ainda aberta no STF - acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade e; (b) peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita - hoje, criminosa - de comunicação telefônica, que a Constituição protege independentemente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores.

Em nenhum momento do julgamento a ponderação é tratada da maneira descrita por Alexy, não havendo que se falar em sua utilização como referencial teórico.

Ao contrário, durante todo o julgamento são utilizados argumentos que nada mais simbolizam aqueles de natureza eminentemente moral sem que, contudo, estejam acompanhados de um método ou um panorama de racionalização.

Na “ponderação” aqui realizada, os termos “interesse público”, “notoriedade” ou do “protagonismo político/social dos interlocutores”, consistindo sabidamente em

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. **STF**, Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

conceitos abertos, foram utilizados de tal modo que, em nenhum momento do julgamento, são capazes de assegurar a observância do método da ponderação proposto por Alexy gerando fortes problemas no que diz respeito à previsibilidade do discurso proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste lume, é possível concluir em relação a esse caso que existiu juízo irracional no que diz respeito ao conflito entre o direito a intimidade e liberdade de expressão.

Como se não bastasse tal constatação, a teoria formulada por Alexy da ponderação revela a “falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional” (HABERMAS, 1997, p.283).

Já no que diz respeito ao julgamento da ADPF 130, no qual o Supremo Tribunal Federal concluiu pela suspensão da Lei da Imprensa em função dos ditames constantes na Carta Magna de 1988, é possível inferir que o fundamento principal utilizado pelo STF ao suspender a aplicação da Lei de Imprensa consistiu na não aceitação explícita da atual Constituição Federal de 1988 do cerceamento, ou até mesmo da restrição, à manifestação do pensamento, independentemente do meio de transmissão.

Ao analisar o julgamento como um todo, tendo sido realizada a transcrição dos principais trechos dos votos proferidos naquela ocasião, é possível concluir que a ponderação idealizada por Alexy não fora utilizada, seja como referencial citado, seja na condição de procedimento adotado.

Em verdade, ao decidir sobre a questão, o STF nada mais fez do que concluir pela suspensão da Lei de Imprensa com base, apenas, na adoção de conceitos inerentes às liberdades e suas respectivas espécies, não ficando claro qual teria sido o procedimento adotado e, em tese, passível de análise sob o prisma teórico proposto tanto por Alexy como por Habermas.

É possível, portanto, concluir em relação a esse caso que, assim como caso envolvendo o então candidato à presidência da república Anthony Garotinho, existiu aqui notório juízo irracional no que diz respeito ao conflito entre o direito a intimidade e liberdade de expressão.

Dentre os aspectos que embasam tal assertiva, oportuno frisar que de acordo com Habermas os princípios jurídicos possuem, em seu âmago, sentido deontológico, enquanto que os valores possuem sentido teleológico.

Ora, a utilização dos valores inerentes às liberdades, ao serem utilizados como sinônimos da liberdade de expressão propriamente dita configuram, na percepção de Habermas “mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 318).

Diante dos estudos realizados tanto em relação ao caso Anthony Garotinho x O Globo como na ADPF 130 e sobre as questões jurídicas que serão enfrentadas pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, a conclusão possível diz respeito ao fato de que o número de juízos que aplicam mal o critério da ponderação, caracterizados pela utilização de argumentos morais e de conceitos vagos, existe, no campo teórico, no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão não sendo possível, por derradeiro, a identificação do critério racional idealizado por Jürgen Habermas de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal.

A respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, oportuno lembrar os principais pontos de debate existentes, senão vejamos.

A Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, na condição de autora, pleiteia sejam os arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002 declarados inconstitucionais, sem redução de texto.

Já a Advocacia Geral da União – AGU defende a constitucionalidade dos referidos artigos. Em parecer, o Ministério Público Federal – MPF, na condição de fiscal da lei, opinou no mesmo sentido da parte Autora, ou seja, pela inconstitucionalidade dos referidos artigos.

Com base na interpretação que estaria sendo dada aos referidos dispositivos legais, textualmente abertos, pelo Poder Judiciário, a Autora afirma que “a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

Neste lume, ocorre a tentativa por parte da Autora de demonstrar que os dispositivos legais em questão, graças a sua “amplitude semântica”, não se encaixariam com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação.

Mais adiante, é salientado que em um mundo marcado pelo pluralismo de visões, o grave seria condenar o leitor à ditadura da biografia única – aquela “ditada” pelo biografado.

O ordenamento jurídico deveria assegurar a publicação e a veiculação tanto das obras autorizadas pelos biografados como das elaboradas à sua revelia – ou mesmo contra a sua vontade –, cabendo aos leitores e espectadores formar livremente as suas opiniões e convicções.

Após citar trechos do parecer de Gustavo Tepedino, é iniciada reflexão a respeito da suposta preferência que o direito à liberdade de expressão poderia ter em face do direito a intimidade.

Após analisar no que consistiria a democracia e os aspectos que constituiriam seu núcleo, a Autora cita precedentes jurisprudenciais⁸⁰ do Supremo Tribunal Federal que fundamentariam sua pretensão.

Em seguida, são estabelecidas premissas que dariam preferência à liberdade de expressão em detrimento do direito à intimidade, sobretudo, sob o aspecto do direito comparado sendo, nesse ponto, citados precedentes da Suprema Corte Norte-Americana e o art. 78 do Código Civil Português.

No tocante ao direito brasileiro, é destacado o Enunciado nº 279 da IV Jornada de Direito Civil⁸¹, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, elaborado, a princípio, de acordo com a correta, em tese, exegese a ser extraída do art. 20 do Código Civil brasileiro.

O Advogado Geral da União, ao se deparar sobre a questão jurídica levantada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, manifestou-se no sentido de que em que

⁸⁰ São citados na petição inicial o Caso Gerald Thomas, (STF, HC 83996) e o Caso relativo à Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF nº 130).

⁸¹Art.20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

pese tanto o direito a intimidade como o direito à liberdade de expressão estar previstos como garantias na Constituição Federal de 1988, o segundo direito “nem sempre têm seu pleno exercício assegurado, pois” haveria “limites para a divulgação pública de informações pessoais” devendo, portanto, ser declarada a constitucionalidade dos arts 20 e 21 do Código Civil de 2002 haja vista que tais dispositivos orientariam “a relativização deste direito frente outro direito fundamental, de caráter personalíssimo e considerado inviolável pela Constituição, que é o direito à privacidade”.

A manifestação acima esboçada é fundamentada na seguinte linha de raciocínio, senão vejamos. Inicialmente, partindo da premissa de que tanto o direito à privacidade quanto o direito à liberdade de expressão encontram respaldo na Constituição Federal de 1988 é destacado que o problema quanto à aplicação de tais direitos em determinado caso concreto surge, então, “na eventual colisão entre estes dois interesses, quando a livre expressão choca-se diretamente com os também fundamentais direitos e garantias individuais, igualmente inseridos de maneira firme pelo legislador constituinte”.

Em outras palavras, o objetivo da AGU ao manifestar-se sobre o tema, a partir de ensinamentos de Alexandre de Moraes (MORAES, 2006) e outros, consistiu na tentativa de demonstração de que a autorização seria necessária, não podendo servir de pretexto a suposta informação da sociedade, sob pena de devastar a vida de indivíduos.

Quanto à ponderação a ser feita no caso concreto, são levantados, na condição de requisitos, os seguintes: a veracidade dos fatos narrados e a existência de interesse público sobre o mesmo.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se em parecer, opinou no sentido de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, além de atender aos pressupostos legais, deveria, no mérito, ser julgada procedente haja vista que a exigência de autorização dos biografados – ou seus herdeiros – configuraria “restrição legal manifestamente desproporcional aos direitos fundamentais à liberdade de expressão e ao acesso à informação, consagrados pela Constituição da República (art. 5º, incisos IV, IX e XIV, art. 220, §§1º e 2º)”.

Conforme demonstrado alhures, a parte Autora tenta demonstrar que os dispositivos legais em questão, graças a sua “amplitude semântica”, não se encaixariam com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação.

Ademais, são levantados como critérios para a ponderação as seguintes variáveis que, sendo observadas, privilegiariam a declaração de inconstitucionalidade como medida que não restrinja a divulgação de informações, no caso, de biografias sem a autorização do biografado, a saber: i) a notoriedade do retratado e dos fatos abordados; ii) veracidade dos fatos retratados, e; iii) características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica).

Já no que diz respeito às afirmações levantadas pela Advocacia Geral da União – AGU, oportuno mencionar que, também relacionando seu raciocínio à necessidade de realização de ponderação, são levantadas as seguintes variáveis, senão vejamos: i) a veracidade dos fatos narrados, e; ii) a existência de interesse público sobre o mesmo.

A leitura tanto dos argumentos trazidos pela Autora quanto pela Ré nos fazem concluir que, ao invés de trazerem no bojo das respectivas petições o procedimento adequado para o enfrentamento do problema, nada mais fazem do que obtêm conclusões, seja pela declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, seja pela declaração de constitucionalidade, embasando-as na suposta “ponderação” calcada nas variáveis supramencionadas.

Além de não estarem previstas dentro do método de ponderação proposto por Alexy, é possível notar outro grave problema, qual seja: a indeterminação de seus objetos. Explica-se.

Quanto aos requisitos suscitados pela Parte Autora, oportuno mencionar que tanto a notoriedade da pessoa biografada como a notoriedade dos fatos abordados possuem, em seu bojo, aspecto subjetivo indissociável, ou seja, não é possível termos um critério minimamente racional de que exista um padrão seguro de notoriedade de fatos e de pessoas dependendo, por derradeiro, da subjetividade de cada intérprete.

Ademais, quanto ao critério da veracidade dos fatos, melhor sorte não assiste tanto à parte Autora como à parte ré – nota-se que é o primeiro critério por ela levantado - haja vista que a aferição da veracidade, seja de fatos, seja de alegações, depende, mais uma vez, da subjetividade do intérprete que se depara com o caso concreto, possuindo alta possibilidade de variação, a respeito das mesmas circunstâncias, quanto à interpretação cabível.

Já no tocante ao terceiro requisito levantado pela Autora – finalidade da publicação –é possível inferir que se trata de argumento estritamente casuístico, ou seja, a finalidade da publicação deverá ser aferida com base em elementos apenas possíveis no exame do caso concreto não podendo, portanto, a decisão ali exarada servir de subsídio para outros casos.

Quanto ao último requisito “servível” para a realização da ponderação no caso concreto, segundo suscitado pela ré, oportuno mencionar o seguinte. Ao detalhar a pretensão pela constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002 a AGU sequer detalhou sob qual prisma deve ser olhado o interesse público, ou seja, não houve o detalhamento necessário para a estabilização da variável, não sendo possível saber se a hipótese deve ser vista sob o prisma do interesse público primário ou do secundário.

Ultrapassados os argumentos trazidos pelas partes, no acórdão que decidiu a questão, oportuno destacar que às fls. 115/117 a Relatora, tendo sido acompanhada pelo restante dos julgadores à unanimidade, após destacar a existência do método da ponderação proposto por Alexy, simplesmente cita a opinião de Canotilho no sentido de que o art. 20 do Código Civil seria inconstitucional juntamente com a existência do Projeto de Lei da Câmara nº 42 de 2014 (PL 393/2011, na origem), cujo objetivo seria o de garantir “a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade.”

Com todo respeito à obra e história de Canotilho, oportuno destacar que a citação doutrinária como argumento de autoridade não está posta no procedimento de ponderação proposto por Alexy.

Ademais, mostra-se desarrazoado utilizar como fundamento de legitimidade um Projeto de Lei ainda em trâmite perante o Poder Legislativo onde, por óbvio, poderá sofrer uma série de alterações até sua aprovação final para simbolizar a vontade do dito superorganismo social.

Diante dessas considerações, é possível vislumbrar que menos espaço deveria ter sido gasto - não pretendo aqui desconsiderar o valor histórico de tais informações - com citações a respeito do Código de Hamurabi, das Ordenações Filipinas, do Index devendo, portanto, ser aprofundado cada etapa do raciocínio de Alexy no que diz respeito à ferramenta da ponderação.

É possível concluir em relação a esse caso que existiu juízo irracional, na perspectiva tanto da Autora como da ré e do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao conflito entre o direito a intimidade e liberdade de expressão.

Como se não bastasse tal constatação, a teoria formulada por Alexy sobre ponderação revela a “falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional” (HABERMAS, 1997, p.283).

Dentre os aspectos que embasam tal assertiva, oportuno frisar que de acordo com Habermas os princípios jurídicos possuem, em seu âmago, sentido deontológico, enquanto que os valores possuem sentido teleológico.

A utilização dos valores eminentemente subjetivos como os da “veracidade” e “notoriedade”, ao serem utilizados como parâmetros para a ponderação entre os direitos à liberdade de expressão e intimidade configuram, na percepção de Habermas “mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 318).

Ou seja, a utilização de termos altamente flexíveis e subjetivos, em que pesem sua serventia para o prisma da argumentação, não servem de forma alguma para que seja fundamentada a futura decisão a ser proferida merecendo, na verdade, preocupação por parte dos operadores do Direito o fato de que até o presente momento não existir procedimento racionalmente embasado em critérios objetivos para a análise do conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão, em especial, no caso das biografias não autorizadas.

Diante dos raciocínios até aqui expostos, seja por parte de Robert Alexy, seja por parte de Jürgen Habermas, indagou-se, vale a lembrança, se o número de juízos que aplicam mal o critério da ponderação estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão.

O exame dos casos tidos como paradigmas do conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão juntamente com a análise da teoria de Alexy e Habermas

permitem concluir que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado mal o critério da ponderação proposto por Alexy.

Ademais, outra indagação restou possível, qual seja: quais seriam as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais?

O uso de um critério de ponderação, conforme utilizado equivocadamente pelo Supremo Tribunal Federal, em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão gera, para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais, enorme prejuízo uma vez que não permitem, por meio de juízos racionais propostos por Habermas, a estabilização do sistema. Pelo contrário, geram insegurança jurídica aos jurisdicionados.

CONCLUSÃO

No âmbito do constitucionalismo, em especial o brasileiro, existem diversas discussões a respeito dos métodos de interpretação constitucional. Dentre os métodos de interpretação possíveis, o critério de ponderação abordado por Alexy a partir do comportamento da Corte Constitucional alemã mereceu destaque neste trabalho.

Pretendeu-se, a partir desse cenário de aplicação crescente do sopesamento, investigar um dos principais tópicos do debate jurídico contemporâneo: o desenvolvimento do método da ponderação e a possibilidade da existência de critérios racionais de decidibilidade na sua aplicação. Diante de tal constatação, a pergunta inicial a ser formulada é a seguinte: seria possível considerar o sopesamento como método racional na interpretação de colisões entre direitos fundamentais, no intuito de se investigar as possibilidades de fundamentação dos juízos ponderativos, assim como pretensões de racionalidade, correção ou objetividade que se podem relacionar à técnica?

O presente trabalho teve como problema de pesquisa o seguinte: em que medida a utilização do critério de ponderação pelo Supremo Tribunal Federal afeta a estabilização das demandas em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade?

A análise a respeito do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade, portanto, juntamente com a reflexão a respeito das consequências sistêmicas que o uso de um critério de ponderação possam gerar para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais obrigou-nos a adotar um caminho metodologicamente coerente.

Neste diapasão, foram abordados os direitos à privacidade e à liberdade de expressão tendo como enfoques principais o seu histórico, suas espécies e as disposições legislativas existentes no Brasil.

Quanto ao histórico dos direitos fundamentais envolvidos, foi abordada a teoria clássica, contemplando os direitos fundamentais de primeira geração, os quais representam limites para a atuação do governante, em prol da liberdade dos governados, os de segunda geração, considerados como densificação do princípio da justiça social, e os de terceira geração, caracterizados como direitos que tutelam não só o indivíduo, como também um grupo ou determinado Estado.

Em complemento e em consonância com a moderna teoria dos direitos fundamentais foram abordados os direitos fundamentais de quarta e quinta gerações.

Quanto à quarta geração, oportuno mencionar que essa simboliza aqueles direitos relacionados à engenharia genética. Já os direitos consagrados na quinta geração dizem respeito ao direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América).

Ao tratar das espécies inerentes aos gêneros de direitos fundamentais em comento foi analisada a separação entre direito à intimidade e à privacidade, bem como as liberdades de comunicação, de manifestação do pensamento, de informação em geral, de informação jornalística, religiosa e de expressão intelectual, artística e científica.

Após o detalhamento das espécies supramencionadas foi abordado o contexto legislativo existente a respeito de possíveis conflitos tendo, por norte, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Mais adiante, ao tratar da divergência no Direito, foi abordada, inicialmente, a teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais sob a perspectiva de Robert Alexy sendo, por consectário lógico, destacadas a vinculação conceitual entre direito e moral, os princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial, a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral e os Direitos Fundamentais de acordo com sua perspectiva.

Em seguida, finalizando o capítulo, foi tratada a teoria dos direitos fundamentais proposta por Jürgen Habermas e suas principais críticas à teoria proposta por Alexy.

Antes, porém, de ser verificada a realidade brasileira, em especial a ADI nº 4815, oportuno mencionar o estudo que foi realizado a respeito dos principais julgamentos envolvendo tais direitos fundamentais em importantes países do mundo.

Ao ser tratada a ADI 4815 e os direitos em jogo, foi abordado o histórico de decisões sobre o conflito dos direitos fundamentais acima mencionados no mundo tendo, como eixos de pesquisa, a Suprema Corte Norte Americana, o Tribunal Constitucional Alemão e Corte Europeia de Direitos Humanos.

Dentre diversos julgados proferidos pela Corte Norte Americana, mereceu destaque o caso *New York Times vs. Sullivan*. Já no que tange ao Tribunal Constitucional Alemão foi abordado o Caso *Lüth*, considerado por muitos como o mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra.

Em seguida, no mesmo capítulo, foram abordadas decisões sobre a temática no Brasil tendo, por referenciais jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal, o Superior

Tribunal de Justiça e julgados tanto de Tribunais Regionais Federais como de Tribunais de Justiça Estaduais espalhados pelo país.

Encerrando o capítulo, foram analisados os direitos propriamente envolvidos no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4815, a qual tratou da inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, em especial, no que diz respeito à necessidade de autorização do biografado para a produção e comercialização das biografias.

A análise da utilização de critérios axiológicos pelo Supremo Tribunal Federal e sua incidência na efetividade das demandas em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade gerou dois questionamentos, a saber: i) o número de juízos que aplicam mal o critério da ponderação estaria de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão? ii) quais são as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais?

Para responder aos questionamentos formulados foi, inicialmente, colocado o problema enfrentado pelo STF tendo, neste ponto, ocorrido a exposição dos argumentos (des) favoráveis à declaração da inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002.

A respeito dos argumentos favoráveis à constitucionalidade dos referidos dispositivos normativos foi utilizado o parecer proferido pela Advocacia Geral da União. Já no que diz respeito aos argumentos desfavoráveis à constitucionalidade foram utilizados os argumentos colocados pela Associação Nacional dos Editores de Livro – ANEL e pelo Ministério Público Federal, ao elaborar parecer sobre o caso em tela

Em seguida, foi analisada a utilização propriamente dita do critério de ponderação pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam o conflito entre direito à intimidade e à liberdade de expressão onde foi possível de maneira plena responder aos questionamentos acima formulados.

Ou seja, foi possível constatar que o número de juízos que aplicam mal o critério da ponderação está de fato existindo no que diz respeito ao conflito entre direito a intimidade e liberdade de expressão e a instabilidade jurisprudencial é consequência sistêmica do uso de um critério de ponderação em questões que envolvam o conflito entre

direito à intimidade e liberdade de expressão incidindo, portanto, na própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais.

Ou seja, além de analisarmos – e constatarmos - a existência de um sistema de valores adotados pela Corte Constitucional brasileira recheada de escolhas políticas, foi possível responder o problema de pesquisa levantado acima, qual seja: em que medida a utilização de critérios axiológicos pelo Supremo Tribunal Federal afeta a estabilização das demandas em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade?

O exame dos casos tidos como paradigmas do conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão juntamente com a análise da teoria de Alexy e Habermas permitem concluir que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado mal o critério da ponderação proposto por Alexy.

Ademais, outra indagação restou possível, qual seja: quais seriam as consequências sistêmicas do uso de um critério de ponderação em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão para a própria sobrevivência da ideia de direitos fundamentais?

O uso de um critério de ponderação, conforme utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, em questões que envolvem o conflito entre direito à intimidade e liberdade de expressão gera, para a própria sobrevivência da ideia de Direitos Fundamentais, enorme prejuízo uma vez que não permite a estabilização do sistema. Pelo contrário, geram insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Quanto ao questionamento a respeito dos elementos axiológicos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos estudados foi possível vislumbrar que a vedação ao retorno ao regime ditatorial serviu como principal argumento, no plano político, para que fosse privilegiada a liberdade de expressão.

Nesse viés, utilizando os ensinamentos de Habermas, é possível vislumbrar que o Supremo Tribunal Federal, na verdade, utiliza um sistema de valores para a resolução de casos que envolvam o conflito entre a intimidade e a liberdade de expressão, portanto, a utilização casuística de determinada escolha, feita nos moldes de um dado caso concreto, como dogma para implementação nos demais casos o que, sem sombra de dúvidas, gera restrição indevida aos direitos fundamentais.

Já na concepção argumentativa de Perelman, a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando voltada para um auditório universal, não está fundamentada em condições históricas e sociais concretas nos julgamentos que envolvam o conflito entre o direito à intimidade e à liberdade de expressão gerando o que referido autor denomina de decisão maculada por posicionamentos irracionais, ou seja, que não podem ser justificados de uma forma razoável⁸² (PERELMAN, 1996, p. 481).

Nessa senda, diante desse cenário, é possível vislumbrar que a utilização de critérios axiológicos pelo Supremo Tribunal Federal afeta diretamente a estabilização das demandas em matéria de conflitos que envolvam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade.

⁸² Sobre o posicionamento irracional de Perelman, destaca-se: Se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de uma forma razoável, graças a uma argumentação cujas força e pertinência reconhecemos. É verdade que as conclusões de tal argumentação nunca são evidentes, e que não podem, como a evidência, coagir a vontade de todo ser razoável. Elas só podem incliná-la para a decisão bem-justificada, aquela que se apóia na argumentação mais convincente, embora não se possa afirmar que ela exclui absolutamente qualquer possibilidade de escolha. Assim é que a argumentação apela para a liberdade espiritual, embora seu exercício não seja arbitrário. Graças a ela é que podemos conceber um uso razoável da liberdade, ideal que a razão prática se propõe em moral, em política, mas também em direito. (PERELMAN, 1996, p.481).

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Doxa*, n. 05, 1988.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001. V., do mesmo autor, *Derecho y Razón Práctica*. BEFDP, México, 2002.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Constitutional rights, balancing and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Balancing, constitutional review and representation*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3. n. 04, 2005.

_____. *On the concept and nature of law*. *Ratio Juris*, n. 3, sep. 2008, p. 286.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, 2006.

AZUMA, Eduardo Akira. *Cicarelli vs. Youtube: novos desafios para o direito*. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=416FDS003>>. Acesso em: 30.jan.2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *Colisão entre liberdade de expressão e/1 direitos da personalidade: Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente / adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, RTDC, vol. 16, out/dez 2003.

BECKER, Howard. *Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Hucitec, 1993.

BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*; Buenos Aires: Del Puerto, 2007, 2ª edição.

BITTENCOURT, Rui. *Direito Autoral de biografia é de quem escreve*. Curitiba. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/ruibittencourt-direito-autoral-biografia-quem-escreve>>. Acesso em: 27 nov.2013. 17:00.

BISPO, Vanessa Freitas. *A verdade na perspectiva habermasiana: noção de consenso como base para uma democracia participativa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11856>. Acesso em: 23.set.2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden – Baden, 1993, pp. 48 – 64.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*. Paris, LGDJ, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BORGES, Vavy Pacheco. *O "eu" e o "outro" na relação biográfica: algumas reflexões*. In: NAXARA, Márcia; MARSON, Izabel; BREPOHL, Marion (Org.). *Figurações do outro*. Uberlândia: EDUFU, 2009.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro. Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação. 1958.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. Paris. Dalloz.1972.

CUPIS, Adriano de. “*Riservatezza e segreto (Diritto a). Novissimo Digesto Italiano.* Torino. UTET. 1969.

DIÓGENES JUNIOR, Jorge Eliaci Nogueira. *Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais?* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo. Ed.RT. 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de, *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 2000.

FARIAS, Paulo. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica.* Cadernos de Filosofia Alemã, n. 06, São Paulo, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____ *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II: entre Facticidade e Validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HONESKO, Raquel Schlommer. *Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração.* In *Direitos Fundamentais e Cidadania.* FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARMEINSTEIN, George. “*GetUp, Stand Up, Stand Up For yourRights!*” *Direitos Fundamentais*”. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 16.Mar. 2015.

MALCOM, Janet. *A mulher calada: Sylvia Plath, Ted Hughes e os limites da biografia.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General.* Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 5. Ed. re. E atual. – São Paulo: Saraiva. 2010.

MORAES, Alexandre de, *In Constituição do Brasil Interpretada, e Legislação Constitucional*, 6ª edição, Atlas, SP, 2006.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. *A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas*

NINO. Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Um ensayo de fundamentación*. 2 ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de SILVA, Virgínia Ferreira da. *Processos judiciais como fonte de dados poder e interpretação*. Sociologias. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23563.pdf>>.

OLIVEIRA, Moacyr de. *“Intimidade”*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. Saraiva, 1980.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, J. Matos. *Direito de Informação*. Lisboa. Associação Portuguesa de Informática, edição do autor, 1980.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. 1ª edição. Tradução Maria Ermanita Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

RICOEUR, Paul. *O Justo*. Trad. Ivone Benedetti, vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo. Cia. Editora Nacional. 1953.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do advogado editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Benito Bisso. *Quando o historiador espia pelo buraco da fechadura: Elica e narrativabiográfica*. Conferência pronunciada no XXV Simpósio Nacional de História – “História e Ética”. Fortaleza, 2009).

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006.

SERRA, Lluís de Carrera, *Régimen jurídico de la Información*, 1996, apud Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores. 32ª edição. 2009. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª Ed. Malheiros Editore I' Ltda., São Paulo, 2010.

SIMON, Henrique Smidt. *Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo*. 1ª ed. Brasília. Editora UnB. 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

V. NASCIMENTO, Rogério Soares do. *A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WACKS, Raymond. *The protection of privacy*, London: Sweet& Maxwell, 1980.

Jurisprudenciais:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002.

STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 783139. Recorrente: S/A Gazeta. Recorrido: José Maria Ramos Gagno. Relator: Ministro Massami Uyeda, **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 02.02.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 439584/SP. Recorrente: José Roberto Batochio. Recorrido: Luis Nassif. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 09.12.2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 984803/ES. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Hélio de Oliveira Dorea. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.08.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 984803/ES. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Hélio de Oliveira Dorea. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.08.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 706769/RN. Recorrente: Rede Resistência de Comunicação LTDA. Recorrido: Rosalba Ciarlini Rosado. Relator: Luis Felipe Salomão. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 27.04.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn nº 388/DF. Autor: JKB. Réu L.F.F de S e Outros. Réu: C.J.T Relator: Hamilton Carvalhido. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.10.2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 595.600/SC. Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Relator: César Asfor Rocha. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 19.09.2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 58101/SP. Recorrente: Vera Alice Zimmerman. Recorrido: Editora Azul S/A. Relator: César Asfor Rocha. **STJ**, Brasília. Acórdão publicado em 09.03.1998. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-755-28.2010.5.03.0143. Recorrente: Brasil Center Comunicações LTDA e Outra. Recorrida: Carla Borelli. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. **TST**, Brasília. Acórdão publicado em 19.09.2014. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70027820091, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/11/2009. Data de Julgamento: 26/11/2009 Publicação: Diário da Justiça do dia 11/01/2010. Disponível em:<www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 30.jan.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe -TJSE. Recurso de Apelação cível processo nº 201200213096. Apelante: Pedro de Moraes Silva. Apelado: Expedita Ferreira Nunes. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. Acórdão, 30/09/2014.