

**FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL- FIBRA  
CURSO DE DIREITO**

**AURICELLI RAFAEL RODRIGUES**

**DIREITO À PRIVACIDADE, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E  
PROPORCIONALIDADE: ESTUDOS SOBRE A ADI 4.815-DF**

**ANÁPOLIS- GO  
2016**

**AURICELLI RAFAEL RODRIGUES**

**DIREITO À PRIVACIDADE, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E  
PROPORCIONALIDADE: ESTUDOS SOBRE A ADI 4.815-DF**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade FIBRA, como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientadora: Esp. Márcia Beatriz Dias dos  
Santos  
Co-Orientador: Esp. Guilherme de Moraes  
Bittar

**ANÁPOLIS- GO  
2016**

FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL- FIBRA

**AURICELLI RAFAEL RODRIGUES**

DIREITO À PRIVACIDADE, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E  
PROPORCIONALIDADE: ESTUDOS SOBRE A ADI 4.815-DF

Banca Examinadora

---

Orientadora: Esp. Márcia Beatriz Dias dos Santos

---

Prof. Guilherme de Moraes Bittar

---

Prof. Márcia Martins da Cunha Carvalho

Anápolis: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Nota:\_\_\_\_\_

ANÁPOLIS-GO  
2016

## EPÍGRAFE

Tudo posso naquele que me fortalece.

Filipenses 4:13.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus Pais,  
Onofre e Albertina,  
Ao meu companheiro, amigo e incrível namorado.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço profundamente a Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de realização desse trabalho, me dando força e saúde para superar todos os contratempos.

Aos meus Pais, Onofre e Albertina, pela transmissão de valores morais e espirituais e pela compreensão e apoio incondicional em todos os momentos da minha vida.

A professora e orientadora Esp. Márcia Beatriz Dias dos Santos, pela paciência, compreensão e disponibilidade em auxiliar com seus conhecimentos.

Ao professor e orientador Esp. Guilherme de Moraes Bittar, por ter sido o primeiro responsável em me apresentar as nuances do Direito Constitucional no início desta graduação. Assim como, agradeço por sua dedicação, apoio, disposição e por sua riqueza de conhecimentos transmitidos e direcionados ao término dessa etapa acadêmica.

Aos demais professores pelo suporte e contribuição pautados na transmissão de conhecimentos no decorrer da graduação, em especial, o professor Msc. Rodrigo Antonio Calixto de Pina Gomes Mello.

Ao meu incrível namorado, pela compreensão imensurável, pelo apoio, pelo auxílio e companheirismo em todos os momentos. Por ser meu melhor amigo.

## RESUMO

Estudar as facetas dos Direitos Fundamentais pressupõe a compreensão de sua essência intimamente ligada ao propósito de seu surgimento, ou melhor, a eclosão desses direitos está intrinsecamente conexas ao Constitucionalismo. Desta forma, os direitos positivados são objetos de relevante preocupação no atual modelo democrático do país, após o fim do cenário despótico. Assim, como reflexo dessa preocupação é possível constatar a expansão da jurisdição constitucional, bem como a atribuição normativa de princípios aos direitos fundamentais, destacando-se, portanto, as nuances do sopesamento de princípios constitucionais, acolhido pelos países que os reconhecem com tal essência normativa. Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho foi estudar o fenômeno da colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade aplicado como parâmetro para a solução deste conflito e os objetivos específicos foram pormenorizar a essência dos direitos fundamentais, relatando sua perspectiva evolutiva; explicitar o que são princípios e regras, a fim de ofertar uma melhor compreensão do princípio da proporcionalidade e seus critérios; por fim, compreender a construção jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815-DF, tendo como método utilizado o de repertório bibliográfico, consistente na exposição do pensamento de diversos autores acerca do tema escolhido.

**Palavras-chave:** Colisão; Direitos Fundamentais; Proporcionalidade; ADI 4.815-DF.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. A EPOPEIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>13</b>
1.1 Considerações históricas e evolutivas dos Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo .....	13
1.1.1 Constitucionalismo Clássico ou Liberal .....	14
1.1.2 Constitucionalismo Moderno Social .....	15
1.1.3 Constitucionalismo Contemporâneo.....	16
1.1.4 (Neo) constitucionalismo .....	16
1.2 Titularidade e características dos Direitos Fundamentais: a chamada “Relatividade”.....	18
1.2.1 Titularidade dos Direitos Fundamentais .....	18
1.2.2 Características dos Direitos Fundamentais .....	18
1.2.2.1 Historicidade .....	19
1.2.2.2 Imprescritibilidade .....	19
1.2.2.3 Inalienabilidade/Indisponibilidade.....	19
1.2.2.4 Aplicabilidade imediata .....	19
1.2.2.5 Vinculação dos Poderes Públicos .....	20
1.2.2.6 Relatividade dos Direitos Fundamentais .....	20
1.3 Os Direitos Fundamentais como limites à atuação Estatal e os limites dos Direitos Fundamentais.....	21
1.3.1 Teoria Interna .....	21
1.3.2 Teoria Externa .....	22
1.3.3 Limites dos limites e as dimensões subjetivas e objetivas dos Direitos Fundamentais .....	24
<b>2. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE</b> .....	<b>26</b>
2.1 Distinções e equívocos conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade no Brasil.....	26
2.2 Razoabilidade no Sistema Norte-Americano .....	27
2.2.1 Origem.....	27
2.2.2 Concepção do princípio da razoabilidade.....	28
2.3 Proporcionalidade como “método” constitucional resolutivo das restrições dos Direitos Fundamentais .....	29
2.3.1 Origem.....	30
2.3.2 Natureza normativa da proporcionalidade .....	30



2.3.3	Proporcionalidade segundo Robert Alexy .....	32
2.3.4	Proporcionalidade de acordo com Virgílio Afonso da Silva.....	32
2.3.5	Proporcionalidade conforme Willis Santiago Guerra Filho.....	33
2.3.6	Proporcionalidade na lição de Paulo Bonavides.....	33
2.3.7	Proporcionalidade na concepção de Celso Antônio Bandeiro de Mello .....	34
2.3.8	Proporcionalidade na percepção de Humberto Bergmann Ávila.....	34
2.3.9	Proporcionalidade na obra de Ronald Dworkin .....	34
2.3.10	Elementos da proporcionalidade .....	34
2.3.10.1	Adequação.....	35
2.3.10.2	Necessidade .....	36
2.3.10.3	Proporcionalidade em sentido estrito .....	36
<b>3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA ADI 4.815-DF E O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS .....</b>		
		<b>38</b>
3.1	Notações sobre o Controle de Constitucionalidade .....	38
3.1.1	O papel do STF na proteção dos Direitos Fundamentais .....	38
3.1.2	Modelos de Controle de Constitucionalidade .....	40
3.1.2.1	Controle concentrado de constitucionalidade (europeu).....	40
3.1.2.2	Controle difuso de constitucionalidade (americano) .....	41
3.1.2.3	Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	41
3.1.3	Princípios da interpretação constitucional .....	43
3.1.3.1	Princípio da unidade da Constituição .....	43
3.1.3.2	Princípio da concordância pratica ou harmonização .....	43
3.1.3.3	Princípio da máxima efetividade da Constituição .....	43
3.1.3.4	Princípio da interpretação conforme a Constituição .....	44
3.1.3.5	Princípio da proporcionalidade.....	44
3.2	Os direitos fundamentais em jogo: o direito à intimidade, o direito à privacidade e a liberdade de informação, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento e o direito à informação .....	44
3.2.1	Direito à intimidade e o direito à privacidade.....	44
3.2.2	Liberdade de informação e o direito à informação.....	45
3.2.3	Liberdade de expressão e liberdade de pensamento .....	46
3.3	Parâmetros normativos constitucionais e métodos interpretativos utilizados pelo STF no deslinde da ADI nº 4.815-DF .....	48
3.3.1	O caso das Biografias Não-Autorizadas.....	48
3.3.2	ADI 4.815-DF e a técnica da ponderação no STF .....	48

3.3.3 Prevalência do interesse coletivo e a proteção do direito à intimidade e à privacidade .....	51
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

No decorrer dos séculos, a partir das transições históricas, ecoadas, em especial, no contexto jurídico, surgiram diversos direitos, dentre eles, os Direitos Fundamentais, por seu turno, intrinsecamente ligados ao movimento denominado Constitucionalismo que, primordialmente, justifica-se na idéia de limitação dos poderes estatais, por meio da corporificação (positivação) de tais direitos em uma Constituição. Desta forma, cada rol desses direitos conquistados e uma vez reconhecido no plano positivista, destaca-se uma importante fase na evolução da própria sociedade, remetendo-se, por conseguinte, a compreensão evolutiva desses direitos nas chamadas “gerações (dimensões) dos direitos fundamentais” incorporadas ao referido movimento.

Nessa perspectiva, faz-se necessário explorar as características dos Direitos Fundamentais, principalmente, a inexistência de hierarquia entre tais direitos e a ausência de valoração absoluta, o que possibilita pretensa colisão entre eles, por consequência, remete-se a complexa temática para solucionar esse tipo de conflito, isto porque, a análise tangível de um caso de colisão de direitos fundamentais será submetida ao crivo da justificação da resposta jurisdicional pautada no princípio da proporcionalidade.

A compreensão do cenário envolvendo colisão de direitos fundamentais e sua solução revela-se de suma importância na concretização desses direitos que, hodiernamente, vincula-se na garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que justifica a doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecerem os direitos fundamentais como autênticos princípios. Assim, é possível evidenciar a cautela que o julgador, responsável por tal análise, deverá ter no momento de fundamentar sua decisão, considerando a necessidade de uma aplicação racional e segura da essência da proporcionalidade concomitantemente à hermenêutica constitucional.

Destarte, o presente trabalho terá como objetivo, em primeiro momento, delinear esses contrastes da Teoria dos Direitos Fundamentais, em segundo plano, uma discussão prática referente ao panorama “colisão de Direitos Fundamentais”, a partir da análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815-DF que versou sobre do caso das biografias não-autorizadas, a fim de compreender os parâmetros jurídicos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal — guardião da Lei

Fundamental — na questão posta à apreciação e como se deu o sopesamento dos direitos fundamentais em colisão (direito à intimidade, direito à privacidade e liberdade de informação, liberdade de expressão, liberdade de pensamento e direito à informação) e a proteção do núcleo essencial dos direitos restringidos.

## CAPÍTULO I

### 1. A EPOPEIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 1.1 Considerações históricas e evolutivas dos Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo

Principiando a ideia de que os direitos fundamentais sedimentados em uma constituição escrita são resultados de uma maturação histórica e cada fase do seu reconhecimento representa um importante marco na evolução da própria sociedade no decorrer dos anos, vale perscrutar suas origens, os contextos justificantes de sua positivação; logo, liga-se diretamente a essa tarefa a análise do movimento intitulado Constitucionalismo.

Segundo o professor Pedro Lenza, citando Canotilho, o Constitucionalismo, de forma sucinta e objetiva, pode ser explanado como:

[...] o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO *apud* LENZA, 2014, p.67).

Nessa acepção, o jurista Paulo Bonavides (2014, pp.370-378) destaca três fases históricas da evolução constitucional para definir o fenômeno no Brasil, isto é, valores políticos, ideológicos e jurídicos; assim, a primeira se refere ao Constitucionalismo Imperial, denotado pós-proclamação da Independência, ocasião em que as instituições monárquicas declinaram, dando surgimento à figura da República, com vinculação a um golpe de Estado; a segunda evidenciou o Constitucionalismo da Primeira República, revelando e ratificando a ruptura da primeira fase e, por último, o chamado Constitucionalismo do Estado Social, momento em que a “tríade” (valores políticos, ideológicos e jurídicos) aufere nova roupagem, deixando marcas que ainda se deixam perceber.

Superadas as notações preambulares acerca do Constitucionalismo, movimento histórico que demonstra a concepção normativa dos direitos

fundamentais, assim, far-se-á necessária a análise evolutiva – dimensões ou gerações – desse objeto principal (direitos fundamentais), com ligação com seu respectivo movimento.

A essência dos direitos fundamentais está, atualmente, ligada à Dignidade da Pessoa Humana, direitos estes que são autenticados e positivados na medida em que tal dignidade lhes é intrinsecamente reconhecida. Segundo Dimitri e Martins, para expor acerca dos direitos fundamentais, deve-se analisar a presença de três elementos:

a) *Estado*. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática [...].

b) *Indivíduo*. Pode parecer supérfluo dizer que a existência dos indivíduos é um requisito dos direitos fundamentais. Não existem pessoas desde o início da humanidade? Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, a resposta aqui é negativa. Nas sociedades do passado, as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenas coletividades (famílias, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a elas e privadas de direitos próprios [...].

c) *Texto regulamentador da relação entre Estado e indivíduos*. O papel de regulador entre os dois elementos *supra* descritos é desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo o território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas (DIMOULIS *et al.*, 2011, pp.22-24).

### **1.1.1 Constitucionalismo Clássico ou Liberal**

Em primeiro momento, faz-se mister aludir que, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições, estes galgaram diversas transformações tanto em seu conteúdo como, também, no tocante à sua titularidade, efetivação e eficácia, motivo pelo qual fala-se em “gerações” dos direitos fundamentais. Contudo, nesta perspectiva, analisa-se de forma peculiar que a concepção normativa e gradativa dos direitos fundamentais possui um cunho

sequencial de complementaridade, e não de superação ou substituição de uma geração por outra, desta forma é mais cauteloso – questão, inclusive, objeto de críticas doutrinárias – optar-se pelo termo “dimensões” dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.45).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, pp.46-47), os direitos fundamentais de primeira dimensão, na esfera de sua autenticação, são resultados vinculados ao pensamento do Constitucionalismo liberal-burguês do século XVIII, realçando-se, aqui, a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791. Essa fase constitucional era grifada de caráter individualista, reconhecendo-os como direitos do indivíduo frente ao Estado, suscitando uma delimitação de não intervenção estatal, paralelo a uma autonomia individual em face do poder daquele, razão em que justificou seu caráter “negativo”, cita-se, como direitos pertinentes a esse intitulado, o entusiasmo jusnaturalista; o catálogo de liberdades (liberdade de expressão, manifestação, imprensa, dentre outros), os direitos civis e políticos.

### **1.1.2 Constitucionalismo Moderno Social**

No auge da Revolução Industrial, conglobando de um lado o desenvolvimento e o crescimento econômico e, de outro, os complexos problemas sociais, envolvendo a maioria (trabalhadores) certificaram que se houve uma concentração de renda, ocasionando exclusão social, oportunizando-se assim, a necessidade de intervenção do Estado frente a anseios reivindicatórios de uma maioria, remetendo-se aos direitos fundamentais de segunda dimensão, como direitos sociais, econômicos e culturais, explanados por George Marmelstein, citando Daniel Sarmento:

[...] o reconhecimento desses direitos parte da ideia de que, sem as condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia. Afinal, liberdade não é só a ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas. (SARMENTO *apud* MARMELESTEIN, 2014, p. 46).

Ademais, Marmelstein ainda preleciona acerca do marco histórico correspondente à tutela de tais direitos, que exerceram grande influência na Constituição brasileira de 1934, configurando tal fase do Constitucionalismo:

A Constituição do México de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910, e a Constituição alemã de Weimar de 1919, foram as

primeiras a positivar esses direitos, fornecendo as bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente (MARMELSTEIN, 2014, p. 46).

### **1.1.3 Constitucionalismo Contemporâneo**

O Constitucionalismo Contemporâneo vincula-se, diretamente, aos intitulados direitos fundamentais da terceira dimensão, que se referem aos direitos de fraternidade ou de solidariedade, inspiração da constitucionalização dos valores intimamente ligados à proteção da dignidade da pessoa humana, advindos dos anseios fraternos após o nefasto período nazista. Como resultados de tais expressões solidárias, estrearam os diversos tratados internacionais, proclamando a afirmação da figura do homem-indivíduo e sua essência existencial; citam-se, nesse rol, o direito ao meio ambiente, o direito à autodeterminação, paz e desenvolvimento, motivo pelo qual, frequentemente, percebe-se sua positivação no âmbito internacional, levando-se, inclusive, parte da corrente doutrinária considerar esses direitos como de caráter transindividual (SARLET, 2009, pp. 48-49).

Assim, é possível, ainda, notar que a perspectiva evolutiva dos direitos fundamentais não estagnou nos direitos da terceira dimensão, considerando seu caráter histórico-evolutivo e que as aspirações e anseios sociais, exteriorizados como normas jurídicas, vão se adaptando na proporção que vão surgindo, tendo em vista a luta constante presente na história da humanidade que, atualmente, encontra-se no auge da globalização e dos avanços tecnológicos; logo, é possível se falar em novas gerações, ou melhor, “dimensões” (MARMELSTEIN, 2014, pp.50-51).

### **1.1.4 (Neo)constitucionalismo**

No Brasil, após o término do longo legado dos regimes ditatoriais e opressores, o Constitucionalismo ingressou em uma importante etapa evolutiva, denominado Neoconstitucionalismo, exurgido após a promulgação da Carta de 1988, cujo propósito era reforçar a eficácia dos direitos fundamentais já conquistados.

O Neoconstitucionalismo se fundamenta (ou deveria se fundamentar) no pós-positivismo, superação filosófica do jusnaturalismo e do positivismo, suscitando reflexões a respeito do Direito e sua interpretação, buscando além da legalidade



estrita, porém sem renunciar ao direito positivado, comportando nesse protótipo em construção, principalmente, a atribuição de normatividade aos princípios e a delimitação de seu encadeamento com valores e regras (TORRES *apud* BARROSO, 2005, p. 01).

Para Luís Roberto Barroso, o Neoconstitucionalismo é o resultado de importante marcos pós-positivistas responsáveis por reforçar a eficácia dos direitos fundamentais. Assim leciona:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional [...] (BARROSO, 2005, p. 01).

Contrapondo a perspectiva teórica pós-positivista de Barroso e demais autores ou juristas que apoiam esse modelo que não só preconiza essa superação histórica do positivismo, mas que argumentam a efetividade de tais postulados derivados da teoria da argumentação; cita-se, nesse cenário, Lenio Streck. Os apontamentos de Streck (2014, pp. 115-124) acerca de como é professado o Neoconstitucionalismo evidenciam traços de análise crítica, testificando que, examinando a atuação jurisdicional ante a uma demanda em que a discussão esteja relacionada com a Dignidade da Pessoa Humana, como por exemplo, no caso de colisão entre direitos fundamentais – emblemático assunto a ser abordado mais adiante no presente trabalho –, a resposta argumentativa utilizada pelo julgador apresenta, não raro, constante imprecisão na fundamentação, no momento de se exporem as razões de fato ou elementos de convicção que o levaram a tal decisão.

Em continuidade, salienta que a teoria da argumentação professada pelo Neoconstitucionalismo, afasta a principal peculiaridade desse modelo, a superação de fato do positivismo, ou seja, a partir do momento que se percebe certa imprecisão na fundamentação por meio da resposta jurisdicional, remete-se, assim, à discricionariedade do julgador, assunto este que não era objeto de incômodo e ponderação para o positivismo; logo, subentende-se que o “efetivo” Neoconstitucionalismo na realidade é uma continuidade do positivismo (STRECK, 2014, p. 125).

## **1.2 Titularidade e características dos Direitos Fundamentais: a chamada “Relatividade”**

### **1.2.1 Titularidade dos Direitos Fundamentais**

Visando compreender as características que incorporam ao catálogo de Direitos Fundamentais, faz-se necessário, primeiramente, entender quem são os titulares desses direitos. Partindo da ideia que propõe, genericamente, “direitos da pessoa humana”, o propício seria dizer que quaisquer sujeitos detêm tal titularidade; ademais, a Carta Cidadã em seu artigo 5º, enfatiza a igualdade entre todos, sem qualquer distinção (DIMOULIS *et al.*, 2011, pp.76-77). Não obstante, por meio de uma análise objetiva e intrínseca ao próprio conjunto de Direitos Fundamentais, percebe-se uma titularidade *sui generis* que desafia limitações e o alcance desses direitos é restringido aos seus respectivos titulares.

Nesse sentido, seria precipitado afirmar que todos os direitos fundamentais são destinados a “todos”, isto porque o texto normativo da Constituição Federal consubstancia e tutela direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas físicas ou, ainda, a certas pessoas jurídicas, desde que sejam compatíveis com sua natureza, conforme exemplifica João Trindade:

É preciso, porém, fazer uma ressalva: existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte. Por exemplo: existem direitos que se direcionam apenas a quem esteja pelo menos em trânsito pelo território nacional (garantias contra a prisão arbitrária); outros direcionam-se apenas aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados (direito à nacionalidade, direitos políticos); e, por sua vez, outros são destinados apenas aos brasileiros natos (direito à não extradição, direito de ocupar determinados cargos públicos). Pode-se dizer que existe, então, uma verdadeira gradação na ordem enumerada anteriormente: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes, etc. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 16).

### **1.2.2 Características dos Direitos Fundamentais**

No espaço dos direitos fundamentais, faz-se necessário analisar as características que a eles são inerentes, conformando seu desenvolvimento histórico e jurídico, na medida em que se constata, também, um liame entre eles e os

poderes públicos, refletindo a forma com que tais direitos espraiam seus efeitos no ordenamento jurídico e nas instituições.

### **1.2.2.1 Historicidade**

A característica da historicidade advém da ideia de construção histórica que justifica a proclamação de direitos, com conseqüente positivação, uma vez que a concepção para que os direitos sejam intitulados fundamentais depende e varia de lugar para lugar e época para época. Desse modo, demonstra-se a perspectiva histórico-evolutiva em torno da qual orbitam os Direitos Fundamentais, motivados pelas lutas constantes na defesa dos direitos já conquistados e anseios por novos direitos, considerando a realidade em determinada época (MENDES *et al.*, 2012, pp. 163-164).

### **1.2.2.2 Imprescritibilidade**

Os efeitos da prescrição não alcançam os direitos fundamentais, isso explica a característica da imprescritibilidade; ou seja, não são exauridos com a passagem do tempo. De igual forma, o simples fato de um titular não exercer determinado direito fundamental, liberdade de religião, como por exemplo, não há que se falar em prescrição desse direito, inclusive, salientando que a contínua perspectiva evolutiva dos direitos fundamentais e os anseios por novos direitos acabam dilatando o núcleo desse direito já conquistado (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 08).

### **1.2.2.3 Inalienabilidade/Indisponibilidade**

Os direitos fundamentais são inalienáveis e indisponíveis, posto que tais direitos não podem ser vendidos, emprestados, tampouco, doados, por conseqüências irrenunciáveis ou indisponíveis. Nesse sentido, cita-se a título exemplificativo a possibilidade de determinado indivíduo poder vender seu imóvel, já que a inalienabilidade suporta restrições no campo do exercício daquele direito, nesse caso, direito patrimonial, vez que a inalienabilidade atinge apenas o direito de propriedade, não o bem sobre o qual recai tal direito (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 08).

### **1.2.2.4 Aplicabilidade imediata**

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2012, pp. 173-176), a didática da aplicabilidade imediata decorre diretamente do artigo 5º, §1º, da

Carta Constitucional, incumbindo ao poder público em suas respectivas esferas (Legislativo, Executivo e Judiciário) fazê-lo valer, havendo de se considerar, contudo, que os direitos fundamentais possam vir positivados por meio de normas de eficácia plena, contida ou limitada.

### **1.2.2.5 Vinculação dos Poderes Públicos**

A partir da compreensão do movimento intitulado Constitucionalismo, torna-se perceptível dos direitos fundamentais serem parâmetros de limitação e organização dos poderes públicos. Nessa seara, a vinculação desses direitos ao Poder Legislativo sugere que, mesmo que a Constituição possibilite ao legislador a restrição de certos direitos, deverá, para tanto, observância em preservar o núcleo desse direito. Quanto à vinculação do Poder Executivo, isto é, a Administração, aqui, há a preocupação com a tarefa de aplicar e interpretar às normas de acordo com os direitos fundamentais; assim, toda atividade discricionária deve respeitar os limites desses direitos. Por último, a vinculação do Judiciário evidencia um dever de atribuir eficácia ou aplicabilidade máxima desses direitos, salientando ainda, a característica de esse Poder fiscalizar a atuação dos demais Poderes, visando equilíbrio no sistema jurídico (MENDES *et. al.*, 2012, pp.167-173).

### **1.2.2.6 Relatividade dos Direitos Fundamentais**

É sabido que nenhum direito fundamental, mesmo que básico, não possui caráter absoluto, daí decorre sua relatividade, cuja característica merece uma atenção diferenciada, isto porque, oportuniza-se o motivo que justifica serem possíveis de colisão dentre os direitos fundamentais, revelando-se, por consequência, as limitações e restrições que incidem em tais direitos. Em segundo momento, frisa-se que as restrições que os direitos fundamentais sofrem não podem ser limitadas além do essencial, ou seja, as limitações não são ilimitadas.

Nessa perspectiva, leciona Alexandre de Moraes acerca da relatividade:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos*

*princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2014, pp. 30-31).

Assim, o fenômeno da colisão de direitos fundamentais advém de sua natureza principiológica, considerando que não são absolutos, como exposto anteriormente, e a intensidade de sua aplicabilidade fica condicionada à perspectiva fática e jurídica de determinado caso concreto; logo, salientam-se as diversas obrigações que serão incumbidas ao julgador, responsável por ponderar a proteção e limitação desses direitos (ALEXY *apud* MARMELESTEIN, 2014, p. 366).

### **1.3 Os Direitos Fundamentais como limites à atuação Estatal e os limites dos Direitos Fundamentais**

Da análise das características dos Direitos Fundamentais, em especial da vinculação aos poderes públicos e da relatividade, se constata que esses direitos não são absolutos mas, sim, relativos, ao passo que essa relatividade decorre de limitações ou restrições que incidem no conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e, ainda, que essas limitações não são ilimitadas, como mencionado anteriormente. Nesta seara, a pretensão do presente assunto será abordar de forma detalhada as peculiaridades de tais limitações.

Posto isto, a partir da ideia de intervenção estatal, particulariza-se o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que, de um lado, preocupa-se com a colisão entre direitos e a indispensável restrição de um direito em detrimento de outro direito; de outro, a dificuldade do julgador em ponderar os limites das respectivas restrições, em razão da necessidade de proteger o núcleo essencial dos direitos colidentes, deparando-se, aqui, com as teorias interna e externa ligadas diretamente ao contexto fático dos direitos fundamentais, bem como as dimensões objetiva e subjetiva, intimamente ligadas ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (SILVA, 2010, pp. 127; 185).

#### **1.3.1 Teoria Interna**

A teoria interna dos Direitos Fundamentais parte da ideia central de que tais direitos não podem ser restringidos por outros direitos, ainda que de natureza congênera, não se tolerando que eles sofram limitações de fatores externos, sendo utilizada no direito francês, a partir da premissa de Planiol e Ripert “o direito cessa

onde o abuso começa”, ou seja, a explicação dos limites de cada um dos direitos é intrínseca a eles próprios. Sob essa perspectiva, na teoria interna é professada que esse limite interno de cada direito, além de não sofrer limitação de origem externa, sobretudo, não pode ser passível de colisões com outros direitos e, tampouco, pode ser objeto de sopesamentos, o que impulsiona a falar-se em “limites imanentes” ou ainda “validade estrita” que segue o discurso do “tudo ou nada”, levando à conclusão que tais direitos sob o prisma dessa teoria possuem estruturas de regras (SILVA, 2010, pp. 128-129).

Assim, segundo o professor Virgílio Afonso da Silva, explana acerca dos chamados “limites imanentes”:

Ao afirmar, por exemplo, que sacrifícios humanos não são garantidos pela liberdade religiosa, da mesma forma que se pode dizer que a calúnia não é garantida pela liberdade de expressão, quer-se, com isso, dizer que ambos os direitos — liberdade religiosa e liberdade de expressão — encontram seus limites, implícita ou explicitamente, no texto constitucional. São os *limites imanentes* [...] nesses casos, não se deve falar em restrições aos direitos fundamentais ou de colisões entre eles, mas de meros limites que decorrem da própria constituição [...] (SILVA, 2010, p. 132).

Nessa acepção, os Direitos Fundamentais não podem sofrer limitações de aspectos externos e não podem ser objetos de sopesamentos, pois não há que se falar em colisão de tais direitos, em razão da estrutura normativa de regras. Refutando tal posicionamento, o jurista alemão Robert Alexy elucida como seria a solução no caso da ocorrência de conflitos entre as regras – temática a ser abordada mais adiante no presente trabalho.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 92) para se solucionar um conflito entre regras, deve ser inserida em uma das regras a chamada “cláusula da exceção”, que incidirá na eliminação do conflito, declarando inválida uma dessas regras colidentes; citando a título exemplificativo: “a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver sido tocado”, para ele, nesse momento, as regras norteiam a conclusão de dever-ser contraditórias entre si.

### **1.3.2 Teoria Externa**

Contraopondo-se à teoria interna, a teoria externa sugere que o direito e seu intrínseco limite já não são vistos como objeto único, observando que nesse objeto

tem-se a existência de duas peculiaridades: primeiro, o direito propriamente dito (ou o *direito em si*) e, num segundo momento, as suas restrições. Tal panorama teórico da Teoria Externa dos Direitos Fundamentais é aceito por relevante parte da doutrina e jurisprudência, que se vale do sopesamento como método de solução nos casos de colisão entre tais direitos; ou seja, para a teoria externa, os direitos são passíveis de colisão entre si, considerando o seu aspecto *prima facie*, ou melhor, reconhecendo sua estrutura de autênticos princípios (SILVA, 2010, pp.138-139).

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, pp. 131-132), a limitação (restrição) só é tolerada a partir da análise concreta dos bens jurídicos colidentes, assim a resposta de qual direito deve prevalecer naquele “particular” conflito deverá ser buscada por meio de uma decisão alicerçada e fundamentada formulada pelo responsável/julgador de tal análise. Aqui, percebe-se uma nítida diferença entre a teoria interna e teoria externa: enquanto naquela a limitação é intrínseca ao próprio direito, não sendo influenciada por aspectos externos, nesta, reconhece-se a restrição como uma faceta dos direitos fundamentais e, além do mais, tal restrição será examinada a partir da colisão de direitos em um determinado caso concreto para, ao final, chegar-se à resposta de qual direito deverá prevalecer.

Outrossim, corroborando com as notações acerca da teoria externa, por reconhecer o direito em si e o exame de sua restrição e expandindo a tal definição o aspecto *prima facie*, pode-se explicar que, conforme a Teoria dos Princípios professada por Robert Alexy, somente a partir dessa definição é possível a atividade do sopesamento; por consequência, nota-se que só se é possível considerar a complexa temática da colisão de Direitos Fundamentais sob o enfoque da Teoria Externa e suas particularidades, conforme explana:

Em geral, valorações baseiam-se em diversos critérios, entre os quais é necessário sopesar, porque esses critérios competem entre si. A classificação como “bom” é, então, expressão de uma valoração global. A aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de *princípios* [...]. Serão classificados *critérios de valoração* somente aqueles critérios que serão passíveis de sopesamento. Seu contraponto são os critérios de valoração que, como as *regras*, são aplicáveis independentemente de sopesamento. Esses critérios serão chamados de *regras de valoração* (ALEXY, 2008, p. 150).

### **1.3.3 Limites dos limites e as dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais**

Com base na perspectiva teórica dos objetos – o direito em si e a sua restrição – acima explanados, é devidamente compreensível à preocupação em prevenir tais direitos de uma restrição desmedida, partindo-se, nesse momento, a uma análise das dimensões no contexto dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais justifica a característica desses direitos, onde se busca a concretização efetiva, ou seja, aqui, prioriza-se um posicionamento nas relações jurídicas no qual se almeja que os direitos tutelados no contexto abstrato produzam efeitos no âmbito tangível; logo, para essa dimensão os direitos fundamentais, principalmente os de cunho individual, são vistos sob a perspectiva máxima, porém coexistindo com a dimensão objetiva (MENDES *et al.*, 2012, p.190).

Acerca dessa dimensão, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, asseveram:

A dimensão subjetiva corresponde, em primeiro lugar, ao anteriormente estudado *status negativus*. Trata-se da dimensão ou da função clássica, uma vez que o seu *conteúdo normativo* refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Essa dimensão tem um correspondente filosófico-teórico que é a teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos [...] (DIMOULIS *et al.*, 2011, p.117).

Noutro giro, porém, ainda nesse enfoque, vale ressaltar – como já dito – o fato de os direitos fundamentais não serem absolutos, possuindo restrições, e que tais restrições não são ilimitadas, motivo pelo qual se constata o liame com os poderes públicos, o que reflete exatamente a ideia da dimensão, agora, objetiva.

Para George Marmelstein (2014, p.292) o conceito de que “os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de um determinado país, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” congloba as dimensões objetiva e subjetiva. No momento que se afirma que os direitos fundamentais são normas jurídicas, ressalta a dimensão subjetiva, ao passo que, ao declarar sua importância axiológica e que



fundamentam e legitimam todo o aparelhamento jurídico, salienta a dimensão objetiva.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 185-186) para a dimensão objetiva concerne averiguar a existência no direito subjetivo dos indivíduos, a partir da ideia de tutelar o conteúdo essencial desses respectivos direitos fundamentais; assim, essa necessidade em proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental se justifica na preocupação em compreender esse direito no contexto social ou coletivo.

Nesse sentido, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais devem ser investigados quatro aspectos pertinentes; Primeiramente, esses direitos expõem, objetivamente, a especificidade de *normas de competência negativa*, cujo caráter não afeta a essência dos direitos fundamentais na qualidade de direitos subjetivos, isto é, aquilo que diz respeito à liberdade para ação (livre arbítrio) e é conferido ao indivíduo; ao mesmo passo, é subtraída do Estado, possibilitando, inclusive, sua observação e controle *ex officio* por parte do próprio Estado, independentemente se o particular vai provocá-lo, ou não. Em segundo momento, traduz-se tal dimensão como *critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional*; assim, os representantes estatais deverão interpretar normas infraconstitucionais pautados na boa-fé e conforme o direito constitucional (PIEROTH *et al.*; MARTINS *apud* DIMOULIS *et al.*, 2011, pp. 118-120).

Segundo os autores que discorrem sobre o terceiro aspecto da dimensão objetiva, a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais só é permitida via intervenção do Estado, desde que apresentada uma justificativa sólida ao titular do direito, demonstrando que aquele determinado direito ficará mais protegido se não o exercê-lo naquela ocasião. E, por último, em quarto lugar, fala-se no chamado “dever estatal de tutela dos direitos fundamentais”. Aqui, esse desdobramento se revela delicado, carecendo de análise criteriosa por parte da autoridade pública, considerando a convivência dessa dimensão com a dimensão subjetiva (MENDES *et al.*; MARTINS *apud* DIMOULIS *et al.*, 2011, p. 120). Assim, verifica-se a enorme importância de testificar como a argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional se colocam sob um crivo analítico, realçando, ainda, a necessidade de analisar de forma pormenorizada o “método” utilizado pelo julgador, isto é, a proporcionalidade.

## CAPÍTULO II

### 2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

#### 2.1 Distinções e equívocos conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade no Brasil

Antes de delinear acerca da proporcionalidade e seu valor axiológico na seara constitucional, é necessário, desde já, traçar alguns apontamentos que induziram a ideia de que o princípio constitucional da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são congêneres, mais além, nota-se, diante da aplicabilidade em questões práticas — assunto de críticas doutrinárias — que a Suprema Corte tem compreendido que ambos possuem mesma finalidade em termos de valoração.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, os países aspirando por tutelarem os direitos fundamentais associados ao cenário “Estado de Direito”, de forma generalizada, adotaram a proposta da proporcionalidade, por sua vez, projetada na Alemanha, contudo, observa-se que no Brasil sua ideia foi recepcionada de maneira meio confusa e equivocada, isto porque, noutro contexto, desenvolvia-se no Direito Norte-Americano o princípio da razoabilidade com resquícios meramente procedimental, conforme leciona Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, citando Barroso e outros colaboradores (Rocha, Di Pietro, Gomes, Mello, Sarlet, Barros, Fernandes e Bonavides):

A imprecisão e o sincretismo caracterizam também a recepção da teoria da proporcionalidade no Brasil. Entre outros problemas, ocorre a tentativa de redução da ideia da proporcionalidade a um mero exame da razoabilidade que seria intrínseco à tradição de *common law* e também aceito em vários países europeus, afirmando que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são praticamente sinônimos [...] mas atualmente se fundamenta no princípio constitucional do Estado de direito, reproduzindo-se uma fórmula pouco refletida da jurisprudência e de parte da doutrina constitucional alemã [...] a imprecisão torna-se evidente na definição usual encontrada na doutrina brasileira, segundo a qual a proporcionalidade seria um princípio constitucional não positivado que proibiria o exercício de um poder de polícia arbitrário (BARROSO *et al.*, BARROS; FERNANDES *apud* DIMOULIS *et al.*, 2011, p. 175).

Outro aspecto a ser analisado, responsável por desencadear a ambiguidade entre esses princípios (proporcionalidade e razoabilidade) se concentra na ausência

de uma explicação sólida e pertinente da proporcionalidade e seus elementos; desta forma, em razão dessa dificuldade de compreender o discurso jurídico da proporcionalidade, seus subelementos e como se dá o processo de sua aplicabilidade, nota-se que a tendência em confundir proporcionalidade e razoabilidade é cada vez mais corriqueira tanto em âmbito acadêmico quanto nas manifestações jurisprudenciais do STF, por consequência, acabaram por caracterizá-la, atualmente, como “mera razoabilidade”, ratificando, portanto, a problemática na resolução da colisão de direitos fundamentais (SILVA, 2002, p. 06).

Assim, tencionando desarraigar essa conturbação jurídica, o professor Willis Santiago Guerra Filho (2010, p. 263-265) de forma sintetizada, explana que, enquanto os países inerentes ao cenário Norte-Americano se preocupavam com o controle da discricionariedade da Administração Pública por meio da legalidade, a fim de que a função ou medida estatal adotada não sugerisse limitação de direitos fundamentais (Poder de Polícia); noutro giro, difundia-se na doutrina germânica a proposta da proporcionalidade que, posteriormente, por intermédio da Constituição Portuguesa, em 1974, revelou a sua essência e finalidade, consubstanciando texto normativo concernente a tutelar os direitos ou interesses fundamentais.

## **2.2 Razoabilidade no Sistema Norte-Americano**

### **2.2.1 Origem**

A origem da razoabilidade se materializa no seio do direito administrativo, como já demonstrado anteriormente, tendo em vista ser um dos ramos do Direito considerado pioneiro no tocante à aplicabilidade desse princípio. Assim sendo, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Roberto Pimenta (2014, pp. 113-114) em suas lições acerca dos Princípios que regem a Administração Pública, inclusive, pretendendo traçar diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade, alude que, ao mesmo tempo em que no direito administrativo, no contexto *common law*, expandiu-se historicamente a proposta jurídica do “razoável” intimamente ligado à discricionariedade da Administração; de igual forma, na esfera jurídica “romano-germânica (*civil law*)” desenvolveu-se a ideia do “proporcional” com o objetivo de operar como limitador da discricionariedade do administrador, no âmago do “Estado de Direito”.

Posto isto, supostamente, a razão de se disseminar equivocadamente na doutrina e na jurisprudência brasileira, mais precisamente no plano do direito constitucional, que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade possuem o mesmo valor axiológico se deu a partir da fusão da aplicabilidade dos institutos em destaque.

### **2.2.2 Concepção do princípio da razoabilidade**

Segundo o professor Humberto Ávila (2005, pp. 102-109) a razoabilidade é usada em vários contextos e com diversas finalidades, apesar das decisões dos Tribunais Superiores não demonstrarem homogeneidade terminológica, tampouco parâmetros expressos e fundamentação sólida da aplicabilidade desse princípio, cabendo tal mister a um estudo do seu significado jurídico, a partir de sua finalidade. Primeiramente, o autor aponta a razoabilidade como *equidade*, daí concluindo que “a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça”; na sequência, a razoabilidade como *congruência*, ocasião em que “o postulado da razoabilidade exige uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada”, ou seja, coerência entre o critério e a medida, diferentemente da análise na relação entre meio e fim e, por fim, a razoabilidade como *equivalência*, aqui, é estabelecida “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério a que dimensiona”.

Apesar da possibilidade de fungibilidade existente entre proporcionalidade e razoabilidade professada por Ávila, ainda assim não nos pareceria plausível compreender que ambos são sinônimos, tendo em vista suas origens e propósitos existenciais, conforme leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas [...] as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudências, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada (MELLO, 2014, p. 111).

Nessa perspectiva, pode-se reconhecer que o preceito da razoabilidade, sistematizado no contexto do devido processo legal, se consuma na “exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”, condensando a compatibilidade entre os meios empregados, como “razoabilidade interna” e legitimidade desses fins, como “razoabilidade externa”, evidenciando, portanto, cristalina diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, isto porque, a partir dessa análise pormenorizada, a razoabilidade pode-se traduzir como sendo “apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação” (BARROSO *apud* SILVA, 2002, pp. 10-11).

Desta forma, superadas as considerações preliminares acerca dos motivos que induziram a “teoria da recepção da proporcionalidade” enquanto nivelada com a razoabilidade — construção histórica jurídica já abordada — é oportuno, de agora em diante, examinar a proporcionalidade, desde sua origem, estruturação e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) objetivando uma compreensão pormenorizada do seu conceito técnico-jurídico e a consequente aplicação adequada e racional do seu propósito-fim.

### **2.3 Proporcionalidade como “método” constitucional resolutivo das restrições dos Direitos Fundamentais**

Se, de um lado, os direitos fundamentais são reconhecidos como autênticos princípios, passíveis de colisões entre si, e que se faz uso do “método” da proporcionalidade como sendo necessário no controle constitucional concernente às restrições dos Direitos Fundamentais, de outro, a decisão do julgador, responsável por tal análise, depende do liame entre a interpretação, consequente aplicação da proporcionalidade concomitante à argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional — conclusão previsível com base nos assuntos trabalhados até o momento. É perceptível, nessa quadra, a árdua tarefa com que o julgador/administrador se depara no momento de expor sua convicção ou decisão fundamentada, tendo em vista e principalmente, a necessidade de uma explicação estável e segura da essência da proporcionalidade e suas peculiaridades, de modo a não confundi-la com o princípio da razoabilidade.

### **2.3.1 Origem**

Preliminarmente, a noção da proporcionalidade percorre todo o contexto histórico e evolutivo dos direitos humanos, associado ao cenário “Estado de Direito”; no âmbito do direito penal, por exemplo, citam-se as lições de Beccaria “que entendia que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados”. Contudo, o marco histórico dessa ideia, revela-se na *Magna Charta Inglesa*, de 1215, preconizando a mesma ideia adotada, posteriormente, por Beccaria, isto é, a proporcionalidade da medida punitiva de acordo com a gravidade do delito praticado (BECCARIA, 1999, pp. 37-39; GUERRA FILHO, 2010, pp. 255-256).

Cumprido explicar, portanto, como se deu o processo de sua constitucionalização e recepção no Brasil. Deste modo, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 169), a constitucionalização da proporcionalidade se revelou através da jurisprudência da Corte Alemã, na década de 1960, momento posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que o Tribunal germânico se dedicou em preocupar com a proteção dos Direitos Fundamentais diante de possível atuação desmedida do legislador.

No tocante à recepção da ideia da proporcionalidade no Brasil, Dimoulis e Martins, citando Ramos e Canotilho, preconizam que

[...] o princípio da proporcionalidade foi recepcionado e adaptado em muitos países da Europa e da América. Ele tem sido aplicado também na jurisprudência dos tribunais internacionais [...] a forma de sua recepção em Portugal, que influenciou decisivamente sua recepção no Brasil, apesar de haver na recente bibliografia brasileira cada vez mais análises diretamente inspiradas no debate alemão, revelando um desenvolvimento bastante profícuo [...] quando a doutrina portuguesa fala em “nítida” ‘*europização*’ do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturais jurídicas europeias está se referindo à (suposta) homogeneização de um conceito de origem heterogênea (RAMOS; CANOTILHO apud DIMOULIS *et al.*, 2011, pp. 173-174).

### **2.3.2 Natureza normativa da proporcionalidade**

Observando a concepção da proporcionalidade a partir de sua “estrangeirização”, ou melhor, “europização”, refletida pela doutrina e jurisprudência da Suprema Corte, percebe-se que a recepção desordenada no Brasil possivelmente ocasionou uma imprecisão em sua conceituação e, por

consequência, possível aplicação depreciada desse “método”. Nesse sentido, a confusão terminológica, coloca-se a seguinte premissa: a proporcionalidade possui natureza normativa de regra, ou de princípio?

Tencionando ultrapassar essa barreira jurídica, vale retomar a dogmática alemã, mais especificamente do jurista Robert Alexy, reputado um dos principais propulsores acerca de tal temática, que inicia suas explanações apontando a importância de se distinguir, primeiramente, princípios de regras. Para Alexy (2008, pp. 85; 87) o alicerce da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais se concentra nessa distinção e que sem ela não há que se falar em teoria pertinente sobre as restrições dos direitos fundamentais, nem tampouco doutrina confiável ou adequada acerca das colisões desses direitos, considerando que uma norma ou é princípio, ou é regra, se distinguindo, por conseguinte, nos juízos do dever-ser, ou seja, cada um com seu propósito particular.

Existem variados parâmetros para se distinguir princípios de regras, desde seu grau normativo, dever-ser, até possível resolução em casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras; porém, Alexy inicia essa distinção a partir do que considera o ponto decisivo, isto é, a definição. Assim, conceituando o que são princípios, leciona:

*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] (ALEXY, 2008, p. 90).

Em continuidade, descrevendo o que são regras, Robert Alexy, recorrendo ao Código de Trânsito alemão e ao entendimento de Josef Esser, explana:

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de graus [...] (§ 5º, 1, CTA; ESSER *apud* ALEXY, 2008, p. 91).

Posto isto, retorna-se à confusão principal concernente à natureza normativa da proporcionalidade que, segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, pp. 03-04) de forma breve e objetiva, enquanto critério constitucional resolutivo das restrições dos Direitos Fundamentais tem estrutura de uma regra, visto que as regras expressam deveres definitivos não se sujeitando às condicionantes no caso prático, de modo, portanto, que sua aplicação deva ser feita como um todo. Os princípios, por sua vez, não seguem automaticamente esse raciocínio jurídico resolutivo, já que, ocorrendo colisão entre princípios, estes serão objetos de sopesamento, dado seu dever *prima facie*, e se vai buscar ponderar o núcleo essencial e a relativização de cada princípio, razão pela qual a utilização do termo “princípio da proporcionalidade” pode ser errônea, sendo mais correta a utilização do termo “regra da proporcionalidade” ou, mais além, compreender que a expressão “princípio da proporcionalidade e seus subprincípios” não tem significado análogo ou valorativo ao “princípio” explicado na distinção entre regras e princípios, proposta por Alexy.

### **2.3.3 Proporcionalidade segundo Robert Alexy**

A partir de sua distinção entre princípios e regras, fala-se, nesse momento, em regra da proporcionalidade. A regra da proporcionalidade é exercida somente no âmbito de sopesamento entre princípios, podendo ser dividido em três níveis. No primeiro passo é observado “o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios”. Em segundo instante, “avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente” e, por último, em terceiro nível, “deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”. Assim, as possibilidades fácticas são realizadas pelas máximas da adequação e da necessidade, enquanto as possibilidades jurídicas se revelam pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito, na qual se traduz a proporcionalidade, propriamente dita, como lei de sopesamento de princípios (ALEXY, 2008, pp. 588; 593-594).

### **2.3.4 Proporcionalidade de acordo com Virgílio Afonso da Silva**

Propondo uma conceituação preliminar e substancial, a proporcionalidade “é uma regra de interpretação e aplicação do direito” nos “casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”, visando a utilização da “expressão consagrada, uma *restrição às restrições*”, passando,



conquanto pelo crivo dos “exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”. Frisa-se, ainda, que esse autor informa que “os precursores da discussão acerca da regra da proporcionalidade em língua portuguesa foram, em Portugal, J.J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade e, no Brasil, Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides” (SILVA, 2002, pp. 01-02).

### **2.3.5 Proporcionalidade conforme Willis Santiago Guerra Filho**

Segundo Guerra Filho (2010, pp. 261, 265 e 267) a proporcionalidade se fundamenta como “princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito”, relacionando-o “àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado”, ou seja, o da regulação equitativamente vantajosa para todos da relação entre o Estado e a comunidade de indivíduos a ele submetida; valendo salientar que, refere-se a ele, ainda, como “princípio” norteador da “ideia de Estado Democrático de Direito”, nos termos da hermenêutica constitucional, e não conforme sua natureza normativa. Nesse sentido, para o autor, verifica-se que o chamado “princípio da proporcionalidade” demonstra estreito liame com o “sistema de direitos e garantias fundamentais”, considerando que não há previsão expressa de tal “método” em nossa Constituição – podendo ser, todavia, extraído do art. 5º, §2º, da Carta Maior, que ressalta que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” –, haurindo o reconhecimento de tal “força jurídica” da interpretação constitucional de sua essência fundamental (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

### **2.3.6 Proporcionalidade na lição de Paulo Bonavides**

Com base nas reverberações mais atualizadas em matéria de correlacionar a atuação dos Poderes Públicos com a proteção de direitos fundamentais, tanto “a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Europeia, já não vacilam em fazer uso frequente desse princípio”. Assim sendo, a proporcionalidade, nessa reflexão, é vista como “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição” (BONAVIDES, 2014, pp. 403-405).

### **2.3.7 Proporcionalidade na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello**

Retornando ao ramo do direito administrativo, o professor Celso Antônio (2014, p. 111) leciona que o princípio da proporcionalidade sugere “que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Desta forma, a proporcionalidade é o que equilibrará o plano da discricionariedade inerente à Administração, evitando, assim, que as medidas por ela adotadas não ultrapassem a intensidade jurídica permitida.

### **2.3.8 Proporcionalidade na percepção de Humberto Bergmann Ávila**

Na concepção do autor, a proporcionalidade é examinada como postulado normativo e estruturador “em torno de uma relação de causalidade entre meio e fim”, referindo-se a proporcionalidade como “dever” ou vinculando à ideia de “proibição de excesso”; para ele, a razoabilidade é investigada como “dever de harmonização” entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, entendendo ser possível que a razoabilidade se integre no exame da proporcionalidade em sentido estrito, caso esta compreenda, por exemplo, a ponderação de interesses pessoais dos titulares de direitos fundamentais restringidos (AVILA, 2005, pp. 111; 113).

### **2.3.9 Proporcionalidade na obra de Ronald Dworkin**

Embora seus ensinamentos derivem da jurisprudência norte-americana, o modelo de regras e princípios proposta por Dworkin (2002, pp. 39; 42) de maneira peculiar e similar remete-se a distinção entre princípios e regras que propõe Alexy, conforme acima trabalhada. Nesse sentido, conforme a reflexão de Dworkin, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm”, isto é, a “dimensão do peso ou importância”, assim, quando os princípios se colidem, deve ser levada em conta “a força relativa de cada um”, sugerindo, portanto, a ideia do sopesamento de Alexy.

### **2.3.10 Elementos da proporcionalidade**

A ideia de intervenção do Estado no âmago da proteção dos direitos fundamentais, associada aos limites da sua respectiva atuação, demanda uma análise aprofundada da regra da proporcionalidade enquanto critério resolutivo e

ponderativo, considerando que ela congloba em sua estrutura os subelementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que, por sua vez, devem ser analisados sucessivamente, o que justifica que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais; mais além, que a regra da proporcionalidade não seja aplicada de forma leviana (SILVA, 2002, pp. 02-04).

### **2.3.10.1 Adequação**

De acordo com George Marmelstein (2014, pp. 373-374), a adequação resulta da exigência do meio escolhido ser adequado e relevante para atingir o resultado pretendido; ainda, salienta o autor que uma restrição, para ser válida, deverá atender um propósito constitucionalmente legítimo.

A problemática da compreensão deste subelemento se concentra quando o legislador confunde a adequação com “mera razoabilidade” da intervenção estatal em face de sua finalidade, conforme ensinam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Em resumo, o exame da adequação habilita certos meios como aptos para exame de necessidade. A adequação não pode ser confundida com o mero exame da razoabilidade. As hipóteses sobre a realidade que podem ser confirmadas indicam o nexos entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas idealizado (realização do propósito da intervenção) e caracterizam o meio adequado. A observância do critério da adequação é, portanto, mais exigente do que a verificação da mera razoabilidade da medida estatal em face de seu objetivo (DIMOULIS *et al.*, 2011, p. 201 ).

A título exemplificativo, Robert Alexy (2008, p. 589) menciona o caso do cabeleireiro que colocou, sem permissão, uma máquina automática para venda de cigarros em seu estabelecimento e, após ser multado pelas autoridades administrativas por descumprimento da lei do comércio, sob alegação de ausência de conhecimento técnico concernente à mercadoria, solicitou proteção junto aos tribunais. Transcorrido os trâmites legais, o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela inconstitucionalidade de tal exigência, demonstrando violação da liberdade profissional. Acerca da fundamentação do Tribunal, Alexy explica:

[...] o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a exigência de uma prova de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria [...] viola a liberdade profissional garantida pelo art. 12, § 1º, da Constituição Alemã. Sua fundamentação baseia-se essencialmente no fato de que a exigência de uma prova de competência comercial no caso de uma exploração de máquina automática para vender cigarros não é adequada para proteger o

consumidor contra prejuízos à saúde ou contra prejuízos econômicos. Por essa razão, essa exigência seria proibida pela máxima da adequação e violaria o direito fundamental à liberdade profissional (ALEXY, 2008, p. 589).

### **2.3.10.2. Necessidade**

A necessidade intrínseca à regra da proporcionalidade não deve ser associada a uma “situação de necessidade, de urgência ou de algo que necessariamente precisa ser feito”, pela razão de não correlacionar a expressão “imposição da conduta”, mas, sim, como “teste comparativo”. Assim, uma medida estatal deverá ser considerada necessária, no momento em que o propósito almejado não puder ser propiciado por outra alternativa de análoga intensidade, ou seja, é a consideração dos atos alternativos paralelamente à finalidade (SILVA, 2010, p. 171).

Nesse sentido acerca do subelemento da necessidade, Gilmar Mendes e Gonet Branco, citando Bodo Pieroth e Bernhard Schilink, orientam:

O subprincípio da *necessidade* [...] significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* [...] (PIEROTH; SCHILINK *apud* MENDES *et al.*, 2012, p. 259).

### **2.3.10.3. Proporcionalidade em sentido estrito**

Segundo George Marmelstein (2014, pp. 379-380), a proporcionalidade em sentido estrito se revela na execução da ponderação por meio de análise das vantagens e desvantagens auferidas pela medida estatal, ou seja, deverá observar se o benefício conquistado com o ato que restringiu direitos fundamentais foi mais considerável do que os direitos que o respectivo ato buscou proteger.

Em continuidade, salienta que esse subelemento além de investigar a validade material dos atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo responsáveis por restringirem direitos fundamentais; ainda, analisa a própria legitimidade da decisão judicial. Assim, a ponderação, enquanto parâmetro empregado na resolução

de conflitos entre direitos fundamentais, se consolida no exercício da argumentação constitucional com transparência, exigindo que o julgador, ao expor suas motivações na concretização de um direito fundamental, se atente de que sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (MARMELSTEIN, 2014, pp. 381-382).

Deste modo, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, acerca da proporcionalidade em sentido estrito, lecionam:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada — seus efeitos negativos e positivos —, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores (SOUZA NETO *et al.*, 2012, p. 476).

De igual forma, Virgílio Afonso da Silva (2002, pp. 19-20) testifica que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito se revela de suma importância, frisando que é por meio do sopesamento feito nesse subelemento que se pode evitar que “medidas descabidas sejam consideradas proporcionais”, ainda que fosse aprovada pelo crivo da adequação e da necessidade, tendo em vista o seu caráter de “ponderação racional”; cita-se, a título ilustrativo “se determinado Estado no intuito de combater a disseminação da AIDS decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, mais além, determinando que todos infectados fossem encarcerados”, nos moldes da regra da proporcionalidade essa medida estatal, em tese, seria adequada e necessária, vez que “promove a realização do fim almejado”, porém, sem sombra de dúvidas, o referido ato estatal é desproporcional, por restringirem a liberdade, mais além, violando a dignidade dos cidadãos. Ante o exposto, é perceptível que a proporcionalidade deve ser apreciada minuciosamente e concomitantemente com seus subelementos, principalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, considerando evidenciar conexão direta a atuação dos Poderes Públicos na resolução das restrições dos Direitos Fundamentais.

## CAPÍTULO III

### 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA ADI 4.815-DF E O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

#### 3.1 Notações sobre o Controle de Constitucionalidade

##### 3.1.1 O papel do STF na proteção dos Direitos Fundamentais

O Direito sob o prisma positivista é projetado como “uma ordem normativa, como um sistema de normas” e o “fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”, assim “uma norma que representa o fundamento de uma validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”. Nessa congruência, a ordem jurídica não é um agrupamento de normas situadas no mesmo patamar, mas, sim, concebida e estruturada de forma escalonada em diferentes níveis, ou seja, o pináculo refere-se à Constituição e as demais normas jurídicas deverão ser analisadas hierarquicamente em termos de compatibilidade, fundamento e validade com ela (KELSEN, 1999, pp. 135; 155).

É cediço que no Brasil o guardião e protetor desta Lei Maior é o Supremo Tribunal Federal, por seu turno, reconhecido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, sendo firmadas suas competências nos artigos constitucionais 102 e 103. Frisa-se, ainda, conforme Alexandre de Moraes (2014, p. 571) que “doutrinariamente, podemos dividir as principais competências do Pretório Excelso em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: *originária e recursal*”, tendo como função precípua o Controle de Constitucionalidade, ou seja, “se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um *Tribunal Constitucional*, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais”.

Assim, a respeito desse papel crucial do Supremo Tribunal Federal no escopo de assegurar a supremacia da Constituição, bem como na proteção dos Direitos Fundamentais, uma vez que tal proteção, atualmente, se norteia na Dignidade da Pessoa Humana, o professor Oscar Vilhena Vieira, explana:

Ao assumir a função de controlar a constitucionalidade das leis e do conteúdo das emendas à constituição, em face das cláusulas

jusfundamentais, o magistrado deve se precaver contra a tentação de preencher o conteúdo dessas cláusulas de caráter aberto a partir de seus próprios valores. Uma segunda tentação que deve ser evitada é buscar densificar os princípios abertos do texto exclusivamente a partir dos dispositivos mais específicos da própria constituição, que dão concretude constitucional aos princípios [...] (VIEIRA, 2010, p. 250).

Em continuidade, Vieira, citando Alexy e Habermas, complementa:

Se para a densificação das cláusulas jusfundamentais da constituição o recurso ao próprio texto constitucional é insuficiente, ainda que necessário, o intérprete constitucional será obrigado a buscar o conteúdo desses preceitos a partir de um processo de concretização que, embora tome por base o texto constitucional, a doutrina e eventuais precedentes, não negligencie a necessidade de recorrer ao discurso da filosofia política, à argumentação racional. Por “argumentação racional” compreende-se um procedimento discursivo destituído de qualquer forma de coerção que não o constrangimento do melhor argumento, em que todos os participantes se reconheçam reciprocamente como seres autônomos e racionais [...] (ALEXY; HABERMAS *apud* VIEIRA, 2010, pp. 250-251).

Posto isto, invoca-se a ideia que Alexy propõe como “solução racional” dos complexos casos envolvendo colisão de Direitos Fundamentais explanada, ainda que de maneira esparsa, ao longo do presente trabalho, e que será aprofundada em momento oportuno ao abordarmos o controle da atividade argumentativa da Corte Constitucional no âmbito dos valores fundamentais.

Para Alexy (2001, pp.218-225) na *Teoria da Argumentação Jurídica*, o ponto primordial de controle da atividade argumentativa do julgador/responsável pela análise e, conseqüentemente, pela decisão referente às restrições de direitos fundamentais se concentra no imperativo do julgador em fundamentar e justificar suas motivações que o levaram a uma determinada decisão. Em continuidade, segundo o autor, críticas a essa teoria se escoram numa possível confusão ou um induzimento à “discricionariedade” durante o julgamento (argumentação prática geral), razão que justificou o autor a delinear a *Teoria da Argumentação Jurídica* em um “silogismo matemático jurídico” e traduzindo-a no contexto da ponderação e seus elementos estruturais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

### **3.1.2 Modelos de Controle de Constitucionalidade**

Nos Estados Democráticos de Direito, pautados em um sistema escalonado de normas, “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”, assim, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2014, pp. 721-722). Nesse sentido, citam-se os principais modelos de controle de constitucionalidade adotados pela quase totalidade de países que o admitem, no intuito de assegurar a supremacia da Constituição: o modelo concentrado e o difuso.

#### **3.1.2.1 Controle concentrado de constitucionalidade (europeu)**

Nesse modelo, o controle ou atribuição para apreciar questões constitucionais só é exercido por um órgão jurisdicional superior de um país ou por uma Corte Constitucional (MENDES *et al.*, 2014, p. 1.030), realizado de forma direta, por via de ação, cujo condão é controlar a lei *in abstracto* e, se for o caso, anulando-a com efeito *erga omnes*, a exemplo do que ocorre nos tribunais constitucionais da Áustria, da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal, estados onde se adotou o modelo idealizado por Hans Kelsen, materializado na Constituição Austríaca de 1920 – daí sua denominação de “modelo austríaco” –, “exercitado por ‘via principal’ e concentrado numa Corte especial” (BONAVIDES, 2004, pp. 307-309).

Acerca do controle concentrado de constitucionalidade, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino asseveram:

O modelo concentrado teve sua origem na Áustria, em 1920, sob a influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder do Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais (PAULO *et al.*, 2008, p. 705).



### **3.1.2.2. Controle difuso de constitucionalidade (americano)**

Diferentemente do controle concentrado, no modelo difuso, o controle da constitucionalidade é exercido por todos os componentes do Poder Judiciário, isto é, qualquer órgão do Poder Judiciário (juiz ou tribunal) poderá declarar a inconstitucionalidade das normas. O controle difuso surgiu nos Estados Unidos, por meio do precedente *Marbury vs. Madison*, de 1803, no contexto de que qualquer integrante do Poder Judiciário tinha o poder-dever de afastar e deixar de aplicar uma lei aos casos concretos a ele submetidos, na hipótese de ser entendida como inconstitucional (MENDES *et al.*, 2014, p. 1.031).

### **3.1.2.3 Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**

A Lei Fundamental de 1988, considerada uma Constituição rígida, adota um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, elegendo os dois sistemas, ou melhor, o modelo concentrado no controle em abstrato das leis e atos normativos (plano normativo) e o difuso no controle concreto, conforme os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, lecionam:

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil apresenta características que o singularizam [...] deve-se destacar, ainda, que no Brasil a fiscalização da constitucionalidade alcança não só as leis em sentido estrito, mas também os atos administrativos em geral. Com efeito, o controle de constitucionalidade exercido perante o Poder Judiciário não tem por objeto, exclusivamente, as leis formais, elaboradas segundo processo legislativo. Atos em geral, adotados pelo Poder Público, também podem ter a sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, tanto na via concreta, quanto na via abstrata. Resoluções dos tribunais do Judiciário, decretos e portarias do Executivo, e outros atos não formalmente legislativos podem, dependendo de seu conteúdo, ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, ou atacados em ações próprias, na via difusa (PAULO *et al.*, 2008, pp. 707-708).

Nesse sentido, acerca do que chamam “controle misto de constitucionalidade” Gilmar Mendes e Gonet Branco, testificam:

[...] o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgãos de cúpula — Tribunal Supremo ou Corte Constitucional — a

competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato e concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal (MENDES *et al.*, 2014, p. 1.031).

Desta forma, o direito constitucional brasileiro adotou o método de controle difuso ou aberto (via de exceção ou defesa) bem como o método concentrado por “via de ações”. Acentua-se, ainda, “são várias as espécies de controle concentrado contemplados pela Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental” (MORAES, 2014, pp. 731; 748).

Assim sendo, é oportuno no presente trabalho abalizar duas técnicas de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, utilizadas pela Suprema Corte, quais sejam: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Segundo Alexandre de Moraes a interpretação conforme à Constituição:

somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não [...] Vislumbram-se, portanto, três hipóteses: interpretação conforme com redução do texto [...]; interpretação conforme sem redução de texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade [...]; interpretação conforme sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade [...] A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e, dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis (MORAES, 2012, pp. 786-788).

Em continuidade, Moraes, citando Gilmar Mendes, acrescenta:

Apesar da doutrina apontar diferenças entre a interpretação conforme à Constituição — *que consiste em técnica interpretativa* — e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto — *que configura técnica de decisão judicial* — entendemos que ambas as hipóteses se complementam, de forma que diversas vezes para se atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente (MENDES *apud* MORAES, 2014, p. 788).

### **3.1.3 Princípios da interpretação constitucional**

Considerando as peculiaridades que orbitam o controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, é possível perceber que a doutrina tem se preocupado com um rol específico de princípios aplicados, ao lado das técnicas de controle, na hermenêutica constitucional.

#### **3.1.3.1 Princípio da unidade da Constituição**

Segundo Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, pp. 436-437), o *Princípio da unidade da Constituição* “deriva do elemento sistemático de interpretação constitucional”, onde a Constituição deve ser interpretada “como um todo integrado de normas que se completam e se limitam reciprocamente”, tendo como destaque “a inexistência de *hierarquia formal* entre as normas que compõem o texto constitucional originário”.

#### **3.1.3.2 Princípio da concordância prática ou harmonização**

O princípio em destaque se justifica em razão das colisões de valores constitucionais no plano material paralelo à inexistência da *hierarquia formal*. Nesse sentido, o *Princípio da concordância prática* busca “evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque”, isto é, visa à proteção do núcleo essencial do princípio constitucional, ora restringido (LENZA, 2015, p. 182).

#### **3.1.3.3 Princípio da máxima efetividade da Constituição**

Intimamente ligado ao *Princípio da força normativa da Constituição* (dever-ser normativo). Se por um lado, o *Princípio da força normativa* se preocupa que a hermenêutica promova maior efetividade à Constituição, concomitantemente, o *Princípio da máxima efetividade da Constituição* significa “a realização do Direito, a

atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesse por ela tutelados” (BARROSO, 2009, p. 305).

#### **3.1.3.4 Princípio da interpretação conforme a Constituição**

De acordo com Souza Neto e Daniel Sarmiento, citando Sampaio (2012, p. 455), “além de princípio de hermenêutica constitucional, a interpretação conforme a Constituição é uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, empregada no Brasil e em diversos países” (Alemanha, Áustria, Colômbia e Portugal). Assim, segundo os autores, “a interpretação conforme a Constituição do ato normativo questionado é inserida pela Corte no dispositivo da decisão judicial, e não na sua fundamentação” e, por conseguinte, sua obrigatoriedade, torna-se indiscutível e com eficácia *erga omnes*.

#### **3.1.3.5 Princípio da proporcionalidade**

O Princípio da proporcionalidade pode ser apreciado como um dos mais importantes instrumentos em termos de interpretação constitucional, em especial, como “método” constitucional resolutivo das restrições dos Direitos Fundamentais. Contudo, verifica-se, ainda, a necessidade imprescindível em distingui-lo do princípio da razoabilidade — construções históricas e conceitos técnico-jurídicos já abordados — a fim de uma aplicação satisfatória e racional, por consequência, evitar uma aplicação equivocada ou depreciada do princípio em tela (SILVA, 2002, pp. 01-02).

### **3.2 Os direitos fundamentais em jogo: o direito à intimidade, o direito à privacidade e a liberdade de informação, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento e o direito à informação**

#### ***3.2.1 Direito à intimidade e o direito à privacidade***

No plano da consolidação desses direitos extrai-se o conteúdo “individual-subjetivo”, relacionado à noção de não intervenção de terceiros e preservação do “direito ao isolamento”, isto porque “a ideia básica que orienta a positivação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos”. Ademais, encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal o direito de resposta, o que possibilitará a vítima em exercê-lo no mesmo veículo ou dimensão que foi

divulgada a ofensa, a fim de que possa “corrigir as informações que foram eventualmente distorcidas pelo emissor da mensagem originária” no exercício da liberdade de expressão (MARMELESTEIN, 2014, pp. 133-134).

Segundo Gilmar Mendes e Gonet Branco (2014, p. 280) mesmo que a jurisprudência e parte expressiva das doutrinas não diferenciam o direito à intimidade do direito à privacidade, há autores que discursam que o “direito à intimidade faria parte do direito à privacidade”, sendo o segundo mais amplo que o primeiro. Assim, o direito à privacidade seria interpretado como “reclusão periódica” necessária à própria saúde mental de todo e qualquer homem, tendo como objeto “os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”, ao passo que o direito à intimidade consubstanciaria “as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”, ou seja, esses valores são proclamados como “condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade” que, juntamente ao direito à imagem e à honra se revelam como uma das limitações à liberdade de comunicação social.

### ***3.2.2 Liberdade de informação e o direito à informação***

Analisando o catálogo dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, o rol das liberdades se destaca como consagração e fundamento do Estado Democrático de Direito; além do mais, é a ênfase dos direitos de primeira dimensão no movimento Constitucionalismo, embora seu caráter negativo, visto que “a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”, manifestando-se como “um poder em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade” (SILVA, 2005, pp.232-233).

Segundo o professor José Afonso da Silva, citando Albino Greco (2005, pp. 260; 245-246), faz-se necessário distinguir liberdade de informação de direito à informação. Assim, para o autor, a liberdade de informação compreende a “liberdade de informar e a liberdade de ser informado”, o que evidencia o interesse da coletividade ao “exercício consciente das liberdades públicas”, como “o acesso, o recebimento e difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”. Já o

direito à informação envolve o direito de informar e o direito de ser informado. O direito de ser informado refere-se como um “direito coletivo da informação ou direito da coletividade à informação” e o direito de informar realça um “direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicações”, ou seja, com as transformações é observado no antigo direito de imprensa um liame entre o “direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento (garantia da liberdade de pensamento) e o direito da coletividade à informação”.

Nesse sentido, acerca dessa distinção no plano de positivação na Lei Maior, o professor José Afonso da Silva, explana:

A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação (arts. 220 a 224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara *assegurado a todos o acesso à informação*. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelo meio de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixará de ser mera função individual para tornar-se função social (SILVA, 2005, p. 260).

Por outro lado, em virtude desse direito subjetivo do indivíduo existente na liberdade de informação se comunicar com o direito da coletividade à informação, há autores que não dissertam sobre essa distinção conceitual técnico-jurídica, como se pode assimilar da obra do professor Pedro Lenza, por exemplo. Segundo Lenza (2014, p.1.094) a liberdade de informação encontra-se consolidada no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, da Constituição Federal, sendo definida na expressão: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Trata-se do direito de informar e ser informado”.

### **3.2.3 Liberdade de expressão e liberdade de pensamento**

Tendo em mente a noção da importância do rol das liberdades para concretização do Estado de Direito, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento são vistas com pertinência e apontadas como preciosos valores fundamentais, ganhando destaque em termos de reivindicação do homem ao longo dos tempos. No cenário jurídico contemporâneo, a liberdade de expressão é observada como um “instrumento essencial para democracia, na medida em que

permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar” (MARMELSTEIN, 2014, p. 123).

Pretendendo delinear diferença entre liberdade de expressão e liberdade de pensamento, sem, contudo, afastar o nexo existente entre esses direitos fundamentais, extrai-se do entendimento do professor Celso Ribeiro Bastos (1999, pp. 157-159) que a liberdade do pensamento é concentrada no plano individual e subjetivo, se resumindo na liberdade de consciência (ato de pensar), podendo ser livremente exercida, sendo concretizada pela manifestação da liberdade de pensamento e liberdade de expressão, através de exposições de ideias, informações, opinião ou ainda, por expressões não verbais ou tácitas, não obstante, a partir do momento que o pensamento é exteriorizado (revelado ou divulgado), deve ser analisada, de um lado, a proteção jurídica da liberdade de expressão, de outro, seu limite constitucional, tendo em vista, os pretensos reflexos na sociedade que poderão advir dessa exteriorização.

Nesse sentido, George Marmelstein, complementa:

Percebendo isso, o art. 5º estabelece que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inc. IV), bem como que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inc. IX). O constituinte de 88, nesse ponto, foi bastante enfático quanto à necessidade de se preservar a livre circulação de ideias. Certamente isso se deu em razão do trauma causado pelo regime militar, que adotou a censura de forma banalizada. Tanto é verdade que, lá no art. 200, ao tratar da “Comunicação Social”, a Constituição praticamente repete os mesmos direitos (MARMELSTEIN, 2014, pp. 123-124).

Destarte, da mesma forma que a Lei Fundamental consubstancia a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão no artigo 5º, em seus incisos IV e IX, nota-se, por outro lado, que o mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso V, preocupou em garantir “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”; assim, integralizando o desfecho conceitual, o inciso X, no que concerne à inviolabilidade da intimidade e privacidade, expõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

### **3.3 Parâmetros normativos constitucionais e métodos interpretativos utilizados pelo STF no deslinde da ADI nº 4.815-DF**

#### **3.3.1 O caso das *Biografias Não-Autorizadas***

A obra “Roberto Carlos em Detalhes”, escrita por Paulo César de Araújo, foi lançada em 2006; contudo, em razão de se tratar de biografia não-autorizada, o cantor Roberto Carlos recorreu ao Judiciário, pleiteando que o referido livro fosse retirado das lojas e tornada proibida sua mercância em todo o país. Suas alegações se pautavam na inobservância dos artigos 20 e 21, do Código Civil, que estabelece a necessidade de autorização prévia do biografado ou daqueles que o representava, no caso de falecido, bem como a violabilidade da vida privada e da intimidade. Assim sendo, em 2007, seu requerimento foi deferido pelo Judiciário, sendo ordenada, por consequência, a proibição de edição e venda da obra.

Como reflexo dessa decisão judicial e de outras concernentes a acervos bibliográficos, em 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou, perante o STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815-DF no intuito de que os referidos dispositivos do Código Civil fossem declarados inconstitucionais conforme a Constituição, pois violava as liberdades de expressão, do pensamento e de comunicação e o direito de informação. Ao final, o STF, por unanimidade de votação, declarou pela inexigibilidade do consentimento da pessoa biografada para publicação de biografias.

Destarte, o objetivo do presente assunto será analisar os parâmetros jurídicos que a Suprema Corte utilizou até o julgamento da ADI 4.815-DF, explorando notações da hermenêutica constitucional refletidas nos votos dos ministros, bem como a aplicação da teoria da colisão de direitos fundamentais, a partir de sua abordagem no plano concreto.

#### **3.3.2 ADI 4.815-DF e a *técnica da ponderação no STF***

O julgamento da ADI 4.815-DF, em 2015, contou com o Ministro Ricardo Lewandowski, na Presidência, e a Ministra Cármen Lúcia, como Relatora, participaram da sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

A análise tangível concernente à temática “colisão de Direitos Fundamentais”, a partir do julgamento da ação direta em destaque, se inicia com as reflexões



teóricas trazidas pela Ministra Relatora Cármen Lúcia (2015, pp. 18-21) acerca da árdua luta ao longo dos anos na conquista pelo rol das liberdades, principalmente, a liberdade de expressão e de pensamento, paralelo a intolerância da sociedade em aceitar ponto de vista ou opinião contrário aos seus, assim “o respeito ao pensar contrário é sinal de civilidade. A intolerância é fonte de enganos e fúrias e o resultado nunca é positivo para a convivência harmônica das pessoas”, salientando o caos oriundo da censura na história da humanidade, o qual foi o alicerce dos debates e percursos até o julgamento, inclusive, ratificados pelos demais Ministros.

Como intróito da discussão prática, citam-se os artigos 20 e 21, do Código Civil:

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 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 (BRASIL, 2002).

Segundo a ANEL (2015, pp. 05-08), os referidos dispositivos do Código Civil deveriam ser considerados inconstitucionais conforme a Constituição, em razão de explanarem uma interpretação absoluta quanto à necessidade do prévio consentimento do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes), sem comportar exceções no tocante a obras biográficas literárias ou audiovisuais, uma vez que violava a liberdade de pensamento e de expressão, bem como o direito à informação, assegurados constitucionalmente; mais além, essa autorização prévia para publicação de biografias constituía a figura da censura.

Por outro lado, coexistindo com essas liberdades garantidas, verificam-se o direito à intimidade e à privacidade, também, tutelados pela Constituição, na medida em que Biografias versam sobre relatos de cunho pessoal de determinada pessoa, em especial da chamada “pessoa pública”, razão que levou a Suprema Corte a

vislumbrar um caso de colisão de Direitos Fundamentais, conforme explana a Ministra Relatora Cármen Lúcia:

Para perfeito deslinde do caso em exame, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias (STF, 2015, p. 137).

Embasando-se no professor Robert Alexy, que somente em razão do reconhecimento da Teoria Externa dos Direitos Fundamentais se vale do método de ponderação de princípios — conforme trabalhado no tópico 1.3.2 — a Ministra Relatora (2015, p. 137) ainda acrescentou que “a adoção do critério da ponderação para interpretação de normas e solução de casos nos quais são elas aplicadas não é inédita neste Supremo Tribunal Federal”.

Nesse sentido, percorre o Ministro Roberto Barroso:

Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação (STF, 2015, pp. 141-142).

Em continuidade, o Ministro Barroso esclarecendo os elementos estruturais do método da proporcionalidade — conforme exposto no tópico 2.3.10 — aduz:

Dito isso, a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estruturação do raciocínio que se desenrola em três etapas. Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra. A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser

feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto (STF, 2015, p. 142).

### **3.3.3 Prevalência do interesse coletivo e a proteção do direito à intimidade e à privacidade**

Nota-se da decisão do Tribunal Constitucional que, por unanimidade, foi julgado procedente o pedido proposto na ação direta para dar interpretação conforme a Constituição aos dispositivos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, declarando desnecessário o consentimento de pessoa biografada no que diz respeito a obras biográficas literárias, de igual forma, sendo inexigível a autorização de pessoas tidas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Assim, reafirmando que o teor do julgamento da ADI 4.815-DF refere-se à colisão de direitos fundamentais, vale destacar alguns apontamentos extraídos dos votos dos Ministros, a fim de justificar prevalência da liberdade de pensamento e, conseqüentemente, da liberdade de expressão e do direito à informação em detrimento do direito à intimidade e a privacidade, nesse caso.

A Lei Fundamental preconiza em seu artigo 5º:

Art. 5º [...]

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

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, os Ministros foram unânimes em destacar a importância da liberdade de expressão e manifestação do pensamento para concretização do Estado Democrático de Direito e que a interpretação absoluta, sem comportar

ressalvas, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, seria um retrocesso ao instituto da censura, ora rechaçado em nosso ordenamento jurídico no § 2º, do artigo constitucional 220.

Ao longo da história da humanidade são perceptíveis os reflexos nocivos deixados pela censura, seja ela administrativa, legislativa ou judicial, objetivando a proteção dos interesses de um determinado Estado ou determinado grupo de poder; e, após a promulgação da Carta de 1988, a Ministra Relatora Cármen Lúcia (2015, p. 71) sublinhou “a censura implícita ou expressa exercida por particulares”, pois “a censura particular não é legalmente vedada”. A Ministra ainda explanou, como exemplo, acerca da obra “*Index Librorum Prohibitorum*” que se tratava de uma lista de publicações literárias proibidas pela Igreja Católica:

Poderia parecer história. Talvez seja. Mas é história de que fomos – muitos de nós – sujeitos silenciados em ocasiões demasiadas. Nem sempre podíamos aprender a pensar para experimentar o que quiséssemos, menos ainda expressar o que pensávamos. O colégio de freiras tinha vasta biblioteca, com horário obrigatório de leitura, mas o que se lia e o que era proibido às estudantes faz-me engolir em seco quarenta anos com a só lembrança do maravilhamento e do temor de perambular cabisbaixa entre prateleiras lotadas de livros, mas intocáveis muitos deles, considerados impróprios. Alguém assim o decidira. Censura faz escola. E não é a que ensina e permite aprender a pensar e a saber (STF, 2015, p. 72).

A título de corroboração, o Ministro Barroso (STF, 2015, pp. 165-166) visando a ilustrar os efeitos negativos da censura, citou algumas biografias que tiveram suas veiculações proibidas “em razão da ausência de consentimento e para a suposta proteção de sua privacidade e honra”, como a recente biografia do cantor Roberto Carlos; dos escritores e poetas Guimarães Rosa e Leminski; as biografias de Garrincha, Anderson Silva, Lampião e a telenovela sobre Fernando Collor. Também foi ponderado, que “as circunstâncias em que se deram as interdições trazem importantes *insights* para a compreensão da presente controvérsia constitucional”.

Os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli (2015, pp. 207; 218-219) acompanhando as alegações da Ministra Relatora Cármen Lúcia e do Ministro Roberto Barroso, acentuaram, respectivamente, que uma pessoa se torna notória pela comunhão de sentimentos públicos, por conseguinte, não podendo se falar, em renúncia aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade pela pessoa biografada,

verificando, na verdade, “limitação voluntária ao seu exercício pelo próprio titular, ao aceitar a notoriedade – o que é possível, desde que respeitados o núcleo essencial dos aludidos direitos fundamentais e a cláusula geral de dignidade da pessoa humana”, bem como a importância que as biografias trazem na reconstituição do passado, contribuindo na história do país; ou seja, a “biografia traz consigo não só o resgate de histórias individuais, mas também, e necessariamente, de elementos do contexto histórico, social e cultural em que inserido o biografado”.

Por outro lado, ainda no contexto da colisão de direitos fundamentais, deve-se lembrar que na Teoria externa se comporta a preocupação em proteger o núcleo essencial do direito restringido — conforme trabalhado no tópico 1.3.3, acerca das dimensões dos valores fundamentais —; de tal modo, vale-se examinar como se deu a proteção do direito à intimidade e à privacidade dos pretensos biografados.

Nesse liame, a Ministra Relatora Cármen Lúcia (2015, pp. 88-89; 94-95) frisou em suas considerações jurídicas que, se por um lado, tem-se a liberdade de expressão e o direito da coletividade à informação, por outro, tem-se a responsabilidade constitucional pela informação, salientando que “não há democracia sem responsabilidade pública e cidadã. Ausência de responsabilidade não prospera sequer na acracia” e que “o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro”, concluindo que a invocação das liberdades está intimamente ligada ao instituto da responsabilidade e, no caso da ação em discussão, a proteção do núcleo essencial do direito à intimidade e à privacidade, encontram-se assegurados constitucionalmente no direito de resposta e no direito à indenização pelo dano moral e material, consoante artigo 5º, incisos V e X.

Sendo mais pormenorizado e contundente, o Ministro Barroso, pontuou:

Ainda que se reconheça que algum âmbito da privacidade de pessoas públicas deva ser interditado à curiosidade alheia, a definição do conteúdo dessa esfera de proteção é uma tarefa muito complexa. É por isso que se deve utilizar com cautela critérios como o de “interesse público”, que deve ser presumido quando envolver pessoas notórias. Em certos casos, será inegável a existência de interesse público no conhecimento dos fatos narrados, ainda que privados. Todos conhecem Einstein por suas grandes realizações, mas o contexto em que foram produzidas suas descobertas e os

elementos que moldavam sua personalidade também podem ser classificados como informações de interesse público [...] Por outro lado, seria possível questionar se há interesse público a justificar a divulgação da orientação sexual de uma pessoa pública ou de detalhes da sua anatomia íntima (como no caso Garrincha). Essa, porém, é uma avaliação muito subjetiva, que, em regra, deve ser deixada para o julgamento do público. Não se pode permitir que o Estado possa proibir a divulgação de informações verdadeiras obtidas por meios lícitos, apenas por considerar que seriam frívolas ou de mau gosto. Outra importante discussão no âmbito das obras biográficas é a exigência de veracidade de seu conteúdo. É que, como regra, as biografias são apresentadas aos leitores como obras de não ficção. Assim, requer-se do biógrafo uma postura responsável e uma investigação mais cuidadosa do que aquela exigida dos jornalistas e da imprensa em geral (STF, 2015, pp. 171-172).

Desta forma, nota-se que a responsabilidade pelo que for divulgado ou publicado, recai sobre o biógrafo de maneira mais onusta se comparado à imprensa, propriamente dita, sendo notório que não se produz uma biografia do “dia pra noite”, razão que justifica a necessidade das informações serem filtradas pelo crivo da veracidade, a fim de evitar que meras e falsas informações sejam exteriorizadas de forma dolosa ao público e o biógrafo não se ampare em uma “isenta” liberdade de expressão. Ademais, elenca no capítulo constitucional “da comunicação social”, no artigo 220, §1º, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, contudo, observando o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que o atual modelo democrático do país, após a promulgação da Carta Cidadã de 1988, trouxe uma preocupação colossal com os direitos conquistados; assim, diante da trajetória histórica e jurídica é notória a transformação do Direito Constitucional no Brasil que, atualmente, encontra-se grifada pela ciência denominada hermenêutica constitucional. Se por um lado, a Constituição denota a organização política do país, por outro, é a expressão das reivindicações e ideais conquistados pela sociedade, em especial, os Direitos Fundamentais que, por sua vez, auferiram essência principiológica, após o declínio do Estado despótico.

O presente trabalho elencou a importância imposta ao intérprete do pleno domínio da hermenêutica constitucional, em especial, a interpretação conforme a Constituição, enquanto técnica de decisão no controle de constitucionalidade, bem como parâmetro aplicado concomitante ao princípio da proporcionalidade, a fim de dirimir as colisões de direitos fundamentais.

Outrossim, mesmo que a doutrina brasileira preponderante aborde interpretações divergentes utilizados pela Suprema Corte na resolução do panorama “colisão de Direitos Fundamentais”, como por exemplo, a confusão terminológica entre proporcionalidade e razoabilidade e a utilização depreciada de conceitos técnico-jurídicos; vale salientar que o objeto de análise do presente trabalho, ou seja, o julgamento da ADI 4.815-DF retratou o reconhecimento da Teoria Externa dos Direitos Fundamentais, conforme leciona o professor Alexy.

Assim, com base no caso das biografias não-autorizadas, a declaração de inconstitucionalidade conforme a Constituição, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21, do Código Civil, resultou na prevalência do interesse coletivo (liberdade de informação, de expressão e de manifestação do pensamento e o direito à informação) em detrimento dos direitos intrínsecos e personalíssimos (direito à intimidade e à privacidade), ressaltando, a cláusula axiológica que orbita esses direitos, ainda que restringidos. Em vista disto, no entendimento basilar do STF tal decisão percutiu relevante consecução no Estado Democrático de Direito, caso contrário, seria um retrocesso ao modelo de Estado disperso e que externava o instituto da censura como um de seus contrastes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 maio 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 24 outubro 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 24 outubro 2016.



CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 30 maio 2016.

DIMOULIS, Demitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

Notícias STF: STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> Acesso em: 31 out 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STF. Acompanhamento processual. ADI 4.815- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>> Acesso em: 31 out 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.