

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

UNIDADE DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NÍVEL MESTRADO

**O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ NA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE
COMUNICAÇÃO**

FERNANDA CARRAVETTA VILANDE

Orientador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2006

FERNANDA CARRAVETTA VILANDE

**O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ NA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE
COMUNICAÇÃO**

Dissertação
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Unidade de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Direito

Orientador Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2006

Para Luiza, minha mãe e anjo nesta vida, sem sombra de dúvida, minha maior incentivadora, cuja marca se encontra gravada em cada uma das minhas conquistas.

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por compreender a relevância desta tarefa.

Ao Professor Orientador, não só pelo estímulo transmitido nas aulas magistrais (próprias daqueles professores que amam o que fazem, e que, justamente por isso, contagiam os alunos com sua vibrante energia), como pela orientação dedicada e observações pontuais.

A todos os amigos e familiares, presentes fisicamente ou não, que me auxiliaram e inspiraram na realização dessa dissertação, especialmente, àqueles que, comigo, partilham a esfera mais íntima: pai, mãe, Daniel e Edi, cujo carinho, amor e amizade enchem de luz os meus dias.

A Deus, por permitir tudo isso.

Das Utopias

Se as coisas são inatingíveis...Ora!
Não é motivo para não querê-las.
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!

Mario Quintana.

RESUMO

A concepção da jurisdição declaratória do Direito está ultrapassada, não condizente ao Estado Democrático de Direito, em que o juiz é efetivo agente criador, muito embora ainda se vislumbre um descompasso entre o sentido comum teórico dos juristas e a nova postura do Poder Judiciário e dos operadores do Direito. Tal pode ser observado no corrente uso dos métodos interpretativos, que, sob pretensa objetividade, culmina por revestir de arbitrariedade a atividade interpretativa, sendo importante lançar o olhar sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger, em que o processo interpretativo é único, no qual se dá a compreensão- interpretação-aplicação.

Com esse horizonte, é que são examinados os direitos fundamentais à vida privada e à liberdade de expressão e de comunicação, ambos explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais citados muito freqüentemente colidem entre si, em uma sociedade que perdeu suas referências éticas e morais, na qual a informação é um produto de consumo, e os meios de comunicação de massa, seguindo a lei de mercado, descumprem, no mais das vezes, suas funções primordiais, dentre as quais, aquelas relevantes à participação popular na política e a função cultural.

A solução da colisão entre os direitos fundamentais referidos passa pela teoria dos princípios, não se podendo fugir da ponderação, formulada mediante o princípio da proporcionalidade, avaliado de acordo com a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-Chave:

Criação judicial - direitos fundamentais – privacidade - liberdade de expressão - liberdade de comunicação - colisão.

ABSTRACT

The declaratory jurisdiction of law conception is exceeded, not suitable to the Democratic State of Law, where the judge is an effective creative agent, although it's still possible to glimpse a contradiction between the theoretical common direction of the jurists and the new posture of the Judiciary Power and the law operators. Such can be observed in the current use of the interpretative methods, that, under pretense objectivity, culminates for covering with arbitrariness interpretative activity, being important to take a look under the prism of Gadamer's and Heidegger's philosophical hermeneutics, where the interpretative process is unique, in which the understanding-interpretation-application happens at the same time.

With this horizon, the fundamental rights to the private life and the liberty of expression and communication are examined, both expressions of the principle of the dignity of the person human being, central value of the legal system. The cited fundamental rights very frequently collide between itself, in a society that lost its ethical and moral references, in which the information are a consumption product, and the medias of mass, following the market law, disregard, in more than the times, its primordial functions, amongst which, that excellent to the popular participation in the politics and cultural function.

The solution of the collision between the related fundamental rights passes over the theory of the principles, not being able in accordance with to run away from the balancing process, formulated by means of the principle of the proportionality, evaluated according with adequacy, necessity and proportionality in strict direction.

Key words:

Judicial creation – fundamental rights – privacy – liberty of expression – liberty of communication – collision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	15
1.1 DO JUIZ "BOCA DA LEI" AO JUIZ CRIATIVO	15
1.1.1 A transformação da função jurisdicional: decisão (criação) e discricção	24
1.1.2 Causas e efeitos da transformação da função jurisdicional	34
1.2 DA DOGMÁTICA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI NO SENTIDO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS À HERMENÊUTICA JURÍDICO-FILOSÓFICA E A PRODUÇÃO DO DIREITO	44
1.2.1 O Problema dos métodos	48
1.2.2 A Hermenêutica Jurídico-filosófica e a Produção do Direito	61
CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO	75
2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
2.1.1 Escorço histórico	75
2.1.2 Direitos Fundamentais, Estado e Constituição. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais.	79
2.1.3 Classificação dos Direitos Fundamentais	87
2.1.4 Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana	96
2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA	102
2.2.1 O privado, o público, o político e o social	103
2.2.2 A criação doutrinária da privacidade nos EUA	113
2.2.3 Direito à Vida Privada, à Intimidade, à Honra, ao Nome e à Imagem	118
2.2.4 Restrições ao Direito Fundamental à Vida Privada	122
2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO	125
2.3.1 Escorço Histórico	126
2.3.2 Liberdade de Expressão, Liberdade ou Direito de Imprensa, de Informação e de Comunicação (Social)	130
2.3.3 Liberdade de Expressão e Comunicação e Democracia	136
2.3.4 Restrições ao Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Comunicação	145

CAPÍTULO 3 - DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DOS PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO.....	151
3.1 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO	151
3.1.1 Âmbito de Proteção de Direito Fundamental, Restrições e Limites.....	155
3.2 CRIAÇÃO JUDICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA JURÍDICO	160
3.2.1 Os juízes e sua vinculação aos direitos fundamentais.....	166
3.2.2 Direitos Fundamentais, Regras, Princípios e Valores.....	174
3.3 PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	187
3.3.1 A solução da colisão: uma questão de ponderação	194
3.3.2 A solução da colisão: uma questão de proporcionalidade	199
3.4 PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO	207
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS	223

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à intimidade e à vida privada, de um lado, e o direito fundamental à liberdade de expressão e comunicação, de outro, são derivações do princípio da dignidade da pessoa humana, demandando proteção nas constituições democráticas modernas. Como direitos fundamentais, traduzem a legitimidade do sistema jurídico estatal, de modo que, quanto mais respeitados e eficazes, tanto mais democrático e legítimo determinado regime político.

Todavia, diante do incomensurável desenvolvimento tecnológico, e da rapidez de que se dotaram os meios de comunicação, em que as informações e os dados mais variados são obtidos com facilidade, tudo aliado à ausência de parâmetros morais e éticos da sociedade contemporânea, ensejando uma “cultura” da bisbilhotice, que atinge níveis globais, em que as “notícias” sobre a vida íntima de celebridades; a exposição pública de dramas privados de pessoas notórias ou não; as “fofocas” e os aspectos pessoais que deveriam ser mantidos na penumbra transformaram-se em produtos de grande consumo, a privacidade e a intimidade dos indivíduos encontra-se seriamente ameaçada.

Há que se realçar, outrossim, que este prisma pode oferecer mesmo uma visão limitada do problema, pois o fato é que o interesse que paira sobre ditos assuntos assume o lugar do que é realmente importante, acarretando um

esvaziamento do espaço público, que não mais desempenha a função de local de encontro e discussão sobre problemas privados e questões públicas.¹

Além disso, na percepção da linguagem como informação, instrumento de manipulação e dominação, convertida em mercadoria a comprar e a consumir na sociedade massificada, a própria vida assume um caráter de superficialidade², na simplificação e abreviação da linguagem, perdendo profundidade.

De outra parte, a imprensa³, que, muitas vezes, comete abusos, sendo comumente referida como “quarto poder”, que “julga”, “condena” ou “absolve” aqueles que são alvo de notícia, tem importante papel, devendo contribuir para a formação da opinião pública pluralista, essencial em um Estado democrático.

A comunicação social de massa é, portanto, uma das notas distintivas da sociedade contemporânea, tendo os meios de comunicação social alterado as relações comunicativas, transformando os cidadãos, de sujeitos ativos de comunicação, em seus consumidores, tornando o exercício da liberdade de expressão e informação dependente, em boa parte, dos referidos veículos.⁴

Não se pode olvidar que os meios de comunicação social têm, de um ponto de vista ideal, uma função política, na fiscalização dos órgãos do Estado e de seus funcionários, trazendo informações importantes aos cidadãos, a fim de que possam tomar as decisões que lhes competem, em uma nação que se quer democrática, além da função cultural, funcionando como canais de expressão e debate de idéias, opiniões e críticas, que se almeja contribuam para o conhecimento do passado e a

¹ Cf. BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de “Liquid Modernity”. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 50.

² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 204.

³ Aqui entendida em sentido amplo, não meramente escrita.

⁴ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105-6.

compreensão do processo, auxiliando na formação da base de desenvolvimento da personalidade humana.⁵

Porém, de um ponto de vista oposto, os meios de comunicação podem servir a fins escusos, manipulando e deturpando a opinião pública, a serviço do poder econômico e político, passando a representar grave ameaça ao regime democrático; diante de seu amplo alcance e caráter de formação de opinião, têm aptidão para ferir mortalmente os direitos à privacidade e à intimidade, não sendo poucos os casos em que se verificam excessos, e, não raro, em que se convertem em “deformadores” de opinião.

Assim, é facilmente perceptível e comum o embate entre esses direitos fundamentais, que, corriqueiramente, encontram-se em posições antagônicas, de difícil conciliação.

Sendo ambos direitos fundamentais, essenciais ao desenvolvimento das potencialidades humanas, é de extrema relevância o estudo das características peculiares de cada um, sua evolução histórica e conformação atual, a análise do modo como ocorre sua colisão, e, em especial, dos parâmetros para a solução de tais conflitos, papel afeto à atividade judicial criativa e (que se quer) transformadora da realidade, mediante o exercício de interpretação concretizadora, com o objetivo de harmonizar os direitos em choque, resultado de uma tarefa de hierarquização, ponderação justa do conjunto, conferindo-lhes a máxima proteção e satisfação possível, em um sistema jurídico do tipo aberto, cuja unidade é conferida pela Constituição, centro do sistema, tradutora da ordem social de crenças e valores que lhe dão legitimidade.

Nesse passo, procura-se, inicialmente, analisar a função jurisdicional, cujo exame se encontra atrelado ao momento histórico vivido, em que se observa uma intensa conexão entre a evolução da sociedade, das noções acerca do Estado, da jurisdição, e o processo de positivação dos direitos fundamentais. Verifica-se,

⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 108; 112-20.

portanto, que o Estado liberal foi produto da sociedade burguesa e individualista, em que o valor da liberdade, consubstanciado nos direitos fundamentais da primeira geração, era adequado à noção de jurisdição declaratória; o Estado social resultou da massificação social, em que o bem-estar social ganhou relevância, surgindo paralelamente à consagração dos direitos fundamentais de segunda geração, a exigir um Poder Judiciário mais atuante; por sua vez, o Estado democrático de Direito insere-se no momento atual, em que o impacto tecnológico e o estado beligerante impulsionaram os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, no qual a figura do juiz "boca da lei" há de ser sepultada, sob pena de afundamento no meio dos demais poderes, que se agigantaram, em uma democracia cujo caráter cada vez mais participativo é almejado.

A par de todas essas mudanças, percebe-se que a comunidade jurídica, através do sentido comum teórico dos juristas, permanece refratária às alterações, não tendo desenvolvido concepções compatíveis ao novo modelo em muitos casos.

Ainda que nos pareça óbvia a função judicial de criar direito, uma vez que as palavras dos textos legais não são unívocas, mas plurívocas, sendo fato que a legislação não consegue abarcar todas as minúcias da riqueza da vida, e que a padronização e repetição de "lugares comuns" no âmbito jurídico sejam extremamente danosas à justiça que deve ser buscada nas decisões, o meio como o sentido comum teórico atua, fazendo com que não seja percebido pelos usuários, aliado a uma confortável inércia burocrática e despida de responsabilidade, muitas vezes, ocultada sob uma pretensão supostamente objetiva dos métodos interpretativos, sob a crença de que a escolha é a do legislador, e não do julgador, fazem com que pouca ou nenhuma reflexão seja feita a respeito do modo de ensinar e aplicar (compreender-interpretar-aplicar) o Direito.

Daí a importância de se observar o problema da colisão dos direitos fundamentais em comento sob o prisma da hermenêutica gadameriana, percebendo a compreensão-interpretação como concretização (aplicação), processo unitário, produtor e não reproduzidor de sentido, além de traçar os necessários parâmetros, constantes de um sistema jurídico de tipo aberto, composto de regras e de

princípios, e que não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade⁶.

Assim, após lançarmos um olhar panorâmico aos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade e à liberdade de expressão e comunicação, procurando situá-los na história e delinear sua conformação atual, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana é destaque, consistindo em verdadeiro “coração” dos direitos fundamentais, irrigando-os de vida, no capítulo de fechamento, será observado o fenômeno de sua colisão, suas peculiaridades, e inserção no sistema, em especial, o modo como é construída a decisão, que passa, necessariamente, pela ponderação, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O horizonte que desponta é amplo. É preciso, como nos diz Gadamer, “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos”.⁷ O problema jurídico não se cinge, desse modo, a um problema legal, da mesma forma que o Direito não pode ser compreendido meramente como a lei, direito positivo vigente. Antes de tudo, o Direito é vida, é humano, desenvolvendo-se em uma perspectiva histórica, sociológica, psicológica, comunicativa, e em tantas outras esferas do conhecimento humano que se possa pensar.

Fornecer respostas “corretas” e exatas não lhe é peculiar. Tal, porém, não implica dizer que sua realização seja livre, arbitrária, como que extraída de um “chapéu mágico” ou “lâmpada de Aladim”. Sua concretização norteadas por parâmetros, consciente da existência de preconceitos (aqui compreendidos na acepção gadameriana, como juízos prévios), e da própria situação hermenêutica do intérprete aplicador (para nós, também criador), possibilitando uma justa ponderação do conjunto, é meta que tencionamos alcançar. O caminho, contudo, só se faz caminhando. Vamos, então, começar!

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.108.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 403.

CAPÍTULO 1 - DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

1.1 DO JUIZ “BOCA DA LEI” AO JUIZ CRIATIVO

A jurisdição teve, em seus primórdios, característica de mera declaração do direito, em que seu fim era visto como a atuação concreta do direito objetivo, a *longa manus* da legislação, adequada ao momento histórico vivido, do Estado Liberal, fundado nos pilares do individualismo, da liberdade e igualdade formais, em que chegou, até mesmo, a ser rejeitada a possibilidade de o juiz interpretar a lei, concebida como um sistema completo⁸, fechado, no qual a atividade jurisdicional estava limitada a encontrar as premissas legais em que o caso concreto seria enquadrado, em perfeito silogismo.

Na teoria clássica da tripartição do poder, cunhada por Montesquieu, a separação do “poder de julgar” do executivo e legislativo constituía a garantia da liberdade política, redundando em arbitrariedade a reunião, em uma mesma pessoa, do legislador e julgador, e em opressão, quando este se ligar ao executivo. Assim, em sua visão, “os juízes da nação não são [...] mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”.⁹

⁸ No sentido de completude, fornecido por Bobbio, que define: “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Esmiçando o tema, afirma que “um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória”. Dessa feita, ausentes proibição e permissão junto ao sistema, pode-se afirmar que este é incompleto e que o ordenamento jurídico apresenta uma lacuna. De outra parte, ressalta o autor, o movimento contra o dogma da completude deu-se por duas razões principais. A primeira, em decorrência do envelhecimento da codificação, que tratou de fazer emergir sua própria insuficiência, sendo a “admiração incondicional”, aos poucos, substituída pela “análise crítica”. A segunda razão derivou-se da rápida transformação da sociedade, conseqüência da revolução industrial, que acabou por acelerar o processo de envelhecimento anteriormente referido. Aliás, “falar de completude de um Direito, que ignorava o surgimento da grande indústria e todos os problemas da organização do trabalho que lhe eram ligados, significava fechar os olhos frente à realidade, por amor a uma fórmula e deixar-se embalar na inércia mental e no preconceito”. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 115 e 123-4.

⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 166; 172.

Tal concepção acerca da jurisdição como atividade declaratória influenciou toda a evolução do Direito, especialmente nos países que adotaram a *civil law*, em que havia receio de um Poder Judiciário forte, porquanto a aristocracia judicial identificava-se com a aristocracia dos proprietários de terras, concebendo-se a teoria da separação dos poderes como uma fórmula segura para impedir os abusos da classe judicial, que ficaria restringida a aplicar a lei criada pelo Legislativo, sem qualquer interferência na esfera administrativa.¹⁰

Veja-se que, mais de um século após a publicação da obra do filósofo iluminista, Chiovenda ilustra quão viva ainda era tal influência, ao definir a jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição [...] já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.¹¹ Para o mestre italiano, a jurisdição é uma função de soberania do Estado, ao lado da legislação e da administração, em que a diferença entre as funções legislativa e judicial é deveras simples, “porque àquela pertence *ditar* as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos, e a esta *atuá-las*”.¹²

A autonomia da função jurisdicional, preconizada pelo princípio da divisão dos poderes, na leitura chiovendiana, apresenta-se como garantia da observância da lei, evitando-se as tendenciosas oscilações típicas da administração e da política. Assim, “pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente”.¹³

¹⁰ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Tradução de The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, por Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 37-8. O autor esclarece que, diversamente, nos Estados Unidos e na Inglaterra, os juízes haviam sido uma classe progressista do ponto de vista da defesa dos indivíduos contra um legislador opressivo, tendo desempenhado importante papel na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo, não existindo, portanto, o temor em uma legislação judicial e na sua interferência na administração, representando uma das diferenças entre a Revolução Francesa e a Norte-americana (Idem, p. 38-9).

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II, p. 8.

¹² Idem, p. 11. Os grifos não constam do original.

¹³ Idem, p. 17.

De igual modo, Calamandrei não destoa da concepção que vê na jurisdição a *longa manus* da legislação:

Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato [...] atividade jurídica: primeiro, ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como a necessária prossecução da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade.¹⁴

É bem verdade que Calamandrei assentou não ser possível trazer um conceito de jurisdição que seja válido para todos os povos e tempos, diante de sua relatividade histórica, propondo uma interessante classificação entre o que chama de métodos de formulação do direito, daí derivando diversos conteúdos da função jurisdicional, a saber: o método de formulação do direito para o caso singular, que denominou de *jurisdição de equidade*, em que a função do juiz é eminentemente criativa do direito e política, e o sistema da formulação legal, chamado de *jurisdição de direito*, em que cumpre ao julgador apenas observar as leis e fazê-las observar, não lhe sendo lícito formular valorizações críticas acerca do direito, da justiça ou injustiça das regras legais.¹⁵

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 107.

¹⁵ Idem, p. 95-102. A classificação pode ser transposta às duas concepções de "Estado de Direito", mencionadas por Dworkin, em que a primeira é "centrada no texto legal", pela qual o poder estatal não deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser de acordo com regras especificadas em um conjunto de normas públicas à disposição de todos, que pautam a ação do governo e dos demais cidadãos, até que sejam alteradas, em consonância a critérios pré-definidos no conjunto de normas. Dita concepção é restrita, por não estabelecer nada a respeito do conteúdo das regras apostas no "livro de regras", o que é considerado uma questão de justiça substantiva, ideal que não é parte do Estado de Direito. Uma segunda concepção é "centrada nos direitos", pressupondo que os cidadãos tenham direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, os quais devem ser reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando exigidos por *cidadãos individuais*, tratando como parte do ideal do Direito que o texto legal discipline e aplique os direitos morais. Em decorrência deste ideal de Direito diverso, diferem também as posturas quanto à prestação jurisdicional, já que para a primeira, os juízes haverão de "decidir casos controversos tentando descobrir o que está 'realmente' no texto jurídico" e que "nunca devem decidir tais casos com base em seu próprio julgamento político", uma vez que tal tipo de decisão seria sobre o que deveria estar no texto, e não sobre o que, efetivamente, está lá. Por sua vez, na concepção centrada nos direitos, a questão final a ser apresentada em um caso controverso é a de responder se o demandante tem o direito moral a receber o que exige, sendo o texto legal *relevante* no encontro da resposta, mas não a fonte exclusiva de tais direitos. In: DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 06-15.

Assim, o Estado Absolutista dos séculos XVI a XVIII, que se caracterizou pela concentração de um poder absoluto e perpétuo nas mãos da monarquia, confundindo-se o próprio Estado com o monarca, sujeito, tão-somente, às leis divinas e naturais¹⁶, a partir do final do século XVII, com as revoluções, sob inspiração das idéias de Hobbes (em especial, "O Leviatã", de 1651), e de Montesquieu ("Do Espírito das Leis", 1748), passou a tomar a forma de Estado Liberal, cuja doutrina se confunde com a dos limites jurídicos do poder estatal, estreitamente relacionada à afirmação dos direitos naturais e à teoria do contrato social, acentuando Bobbio que:

[...] historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária [...] racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura [...] o acordo que dá origem ao Estado é possível porque, segundo a teoria do direito natural, existe na natureza uma lei que atribui a todos os indivíduos alguns direitos fundamentais de que o indivíduo apenas pode se despir voluntariamente, dentro dos limites em que esta renúncia, concordada com a análoga renúncia de todos os outros, permita a composição de uma livre e ordenada convivência. Sem essa verdadeira revolução copernicana, à base da qual o problema do Estado passou a ser visto não mais da parte do poder soberano mas da parte dos súditos, não seria possível a doutrina do Estado liberal [...] Sem individualismo não há liberalismo.¹⁷

Na concepção burguesa do século XVIII, o Estado mínimo representava o modelo ideal, assegurando ampla liberdade nas atividades econômicas à burguesia, porém, sem prescindir da intervenção estatal em assuntos de seu interesse, restando mantido o conceito de soberania, construído na era absolutista, permanecendo centralizadas as decisões políticas.¹⁸

¹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 14-6.

¹⁸ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

O Estado de Direito¹⁹ surgiu, pois, como expressão jurídica da democracia liberal, caracterizado pela presença de três elementos: o princípio da legalidade, compreendendo "*o império da lei estatal*"; o princípio da publicidade, atuação estatal transparente na produção de leis, decisões judiciais e atos administrativos; por fim, o equilíbrio e controle entre os poderes,²⁰ tendo por base o liberalismo²¹ econômico.

É preciso não confundir liberalismo e democracia, contudo. Em uma acepção mais comum, o "liberalismo" é compreendido como uma concepção de Estado, com poderes e funções limitadas, contrapondo-se ao Estado absoluto²² e ao chamado Estado social. Por seu turno, a "democracia" é uma das várias formas de governo, em que o poder não se concentra nas mãos de um ou de poucos, mas está com a maioria ou todos, encontrando seu contraponto nas formas autocráticas, como a

¹⁹ Capella acentua que na atualidade, a idéia de "estado de direito" é empregada, em geral, pelos juristas positivistas, em menção ao Estado sob cujo domínio se encontram, a fim de evitar "problemas de conciencia con las cuestiones relativas a la injusticia". In: CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida**. 3ª. ed. Madri: Trotta, 2001, p. 149. Igualmente, esclarece Bobbio que o entendimento ordinário da expressão está relacionado ao Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais, devendo ser exercidos no âmbito das leis que os regulamentam, salvo o direito individual de recorrer ao Judiciário, no caso de abuso ou excesso de poder, refletindo, desse modo, a velha doutrina da "superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens" (Estado de Direito em sentido fraco), enquanto na doutrina liberal, não significa apenas isso, mas também "a subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente" (Estado de Direito em sentido forte). In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, p. 18-9.

²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997, p. 112.

²¹ O fenômeno histórico denominado liberalismo, segundo Matteucci, é de difícil definição, estando seriamente relacionado com a história da democracia, enquanto os vários significados da palavra liberdade pouco esclarecem quanto àquele contexto. Em verdade, ele surgiu da "[...] necessidade de oferecer uma resposta à questão social, isto é, ao desafio do socialismo, quando este o acusava de ser defensor de liberdades meramente "formais", enquanto a grande maioria da população não usufruía de liberdades "substanciais", lógico pressuposto ou condição essencial para as primeiras. O Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades *de* (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não transferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância), e para atingir estas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 687,692, 702-3.

²² Neste contexto, interessante referir trecho do pensamento de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes sobre o liberalismo, cuja "[...] doutrina foi se forjando nas marchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal". In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48.

monarquia e a oligarquia. Assim sendo, um Estado liberal pode não ser democrático; de fato, historicamente, realizou-se em sociedades cuja participação no governo ficou restrita às classes abastadas.²³

De fato, a contradição doutrinária de que resultou o Estado liberal-democrático é acentuada por Bonavides, uma vez que não faz parte da idéia social do liberalismo a presença do elemento popular como integrante da vontade estatal, nem mesmo a teoria de que todos têm direito à participação igualitária, sendo a liberdade formalmente tal direito. Em verdade, a liberdade, na teoria de Montesquieu, refuta a soberania estatal, na medida em que propugna a divisão do poder, ao passo que a igualdade contratualista rousseauiana é uma doutrina de apologia do poder, o qual é transferido, intacto, do Rei ao povo, de modo que acolhendo as idéias tanto de Rousseau como de Montesquieu, a teoria constitucional da revolução recolhe uma contradição, ainda que a ideologia revolucionária tenha logrado êxito em ocultar tal aspecto, construindo a “engenhosa teoria do Estado Liberal-democrático”.²⁴

O modelo do Estado liberal mínimo²⁵ naufragou, diante da falta de controle do poder econômico, resultando na expansão do social em detrimento do individual, fazendo surgir a sociedade de massa. O liberalismo não conseguiu solucionar o problema de ordem econômica das camadas proletárias sociais, sendo a liberdade política e inoperante, não solucionando as contradições sociais, em especial, “daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens”.²⁶ Com a crise do Estado liberal, o Estado passa a ser governo para o bem-estar social, caracterizado por forte intervencionismo e exacerbação do Poder

²³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, p. 07.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50-52.

²⁵ Segundo Bobbio, a doutrina do *liberalismo* refere-se tanto ao Estado limitado quanto aos poderes, representado pela noção de “Estado de Direito”, quanto ao Estado limitado no que tange às funções, correspondente ao Estado mínimo, podendo haver, outrossim, um Estado de Direito que não seja mínimo, de que é exemplo o Estado social contemporâneo, e um Estado mínimo que não seja de Direito, como é o caso do Leviatã hobbesiano, em sua esfera econômica. In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, p. 17.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 188.

Executivo, em que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real e o objetivo do Estado é a realização dos direitos sociais.²⁷

A constante que explica o aparecimento desse modelo estatal consistiu na intervenção ideológica do socialismo (aqui entendido em sentido genérico e histórico, passando desde as correntes utópicas de fins do século XVIII até a consolidação das teses marxistas), podendo ser observada a existência de um dualismo doutrinário essencial na realidade política moderna ocidental, em que, de um lado, encontram-se as posições conservadoras, afeitas ao campo liberal, e, de outro, as tendências radicais, almejando a abolição do Estado burguês e de suas políticas econômicas.²⁸

Há de se distinguir o Estado social do Estado socialista, contudo. O primeiro representa a transformação superestrutural pela qual passou o Estado liberal, ao procurar superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, conservando, no Ocidente, a adesão à ordem capitalista, embora tenha sido atenuado o anterior domínio exercido pela burguesia. É o Estado social que, pressionado pelas massas e por suas reivindicações, consagra os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia, dita o salário, regula preços, protege os enfermos, concede crédito, enfim, provê necessidades individuais, estendendo sua influência a domínios antes circunscritos à iniciativa individual; porém, quando a presença estatal é ainda mais imediata e concorre com a iniciativa privada, ao nacionalizar e dirigir indústrias, estamos na senda da *socialização parcial*; por fim, quando Estado produtor substitui o Estado capitalista, tendo sob seu poder e controle um número ainda maior de empresas, de modo que a iniciativa privada é suprimida ou prejudicada, é que temos um Estado socialista.²⁹

O desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, conforme Streck e Moraes, deve-se a um motivo de ordem *política*, em face da luta pelos direitos individuais (terceira geração), pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais, e outro de natureza *econômica*, em razão da transformação da sociedade agrária em

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, p. 183.

²⁹ Idem, p. 184-6.

industrial, pois “o desenvolvimento industrial parece a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social [...]”.³⁰

Portanto, de um Estado liberal assentado em uma concepção moderna de liberdade e no primado da personalidade humana, de matriz individualista, inspirador dos direitos fundamentais e da divisão de poderes, passamos por uma reinterpretção da liberdade, chegando ao Estado social, cuja face pode tanto ser totalitária como democrática, significando intervencionismo, patronagem, paternalismo, aparecendo no mundo moderno como necessidade, no qual é preponderante a idéia do social, que coabita com a tese não menos nobre da independência da personalidade, cujo equilíbrio é obra de um componente democrático.³¹

Paralelamente à evolução estatal, percebe-se uma transformação da própria noção da jurisdição, à qual, cada vez mais, é atribuído um caráter social e político, ao lado do jurídico,³² estando ultrapassada a visão do juiz “boca da lei”, não se

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 69.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, p. 202-4.

³² Consoante Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição e a legislação estão ligadas por um escopo fundamental, que lhes é comum: *a paz social*, objetivo do sistema único formado pelo direito e o processo, de modo que ao legislar e prestar a jurisdição, pretende o Estado por fim aos estados de insatisfação gerados pela vida em sociedade, à vista da limitação dos bens disponíveis e da grande gama de interesses das pessoas, sendo a atividade jurídica estatal legitimada à medida em que elimina tais estados de frustração. Para a concretização da pacificação social, é relevante a aceitação da decisão e sua imunização diante dos que foram contrariados, eliminando-se o conflito, cuja pendência pode ser mais penosa do que uma sentença desfavorável, diante do estado de ansiedade que a situação de incerteza provoca. Ainda, não se há que perder de vista o critério da justiça nas decisões, a ser analisado em consonância ao elemento cultural corrente, bem como o da segurança jurídica, que é “degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação”. Também a educação para o exercício dos direitos é escopo social da jurisdição, a fim de que os cidadãos tenham maior conhecimento a respeito destes e de suas obrigações, aparecendo a desinformação e também a falta de confiança no Poder Judiciário como fatores que obstam o acesso à ordem jurídica justa. Por sua vez, três são os aspectos fundamentais a serem destacados na missão *política* confiada à jurisdição, em que o direito tem finalidades políticas, e o processo é visto como instrumento para que tais objetivos sejam alcançados, quais sejam, *o poder*, capacidade estatal de decidir imperativamente; *o valor liberdade*, que deve ser concretizado, com a definição e limitação do próprio poder; *a participação dos cidadãos* nos destinos da sociedade, como valor democrático legitimador do processo político. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193-205.

coadunando com o Estado Democrático de Direito³³, a exigir uma justiça de transformação e alteração do *status quo*.

Há muito, venceu-se a ilusão de que os textos legais pudessem ser tão claros a ponto de que sua aplicação fosse um processo automático, e mesmo de que os códigos fossem completos e coerentes, de modo que abarcassem todo e qualquer fato, pois a realidade é muito mais rica de detalhes e de infinitas possibilidades que a legislação possa alcançar.

Se a lei nunca é clara, e utópica é a idéia de que a legislação seja completa, de forma que possam ser encontradas as premissas que comporão perfeita simbiose com o fato real examinado, não se pode negar a óbvia função judicial de criação do direito.

No sentir de Merryman,

En la práctica, el juez no se siente descargado de la necesidad de interpretar y aplicar los estatutos porque no tiene una ley clara, completa, coherente y previsor. Igual que el juez del derecho común anglosajón se encuentra comprometido en un proceso vital, complejo y difícil. Debe aplicar las disposiciones que rara vez, en todo caso, son claras en el contexto del caso práctico aun cuando pudieran parecer sumamente claras en su contenido abstracto. Debe llenar las lagunas y resolver los conflictos, dentro de un esquema legislativo. Debe adaptar la ley a las condiciones del momento. El código no tiene aplicación evidente, sobre todo para un juez responsable.³⁴

³³ Para Streck e Morais, o Estado Democrático de Direito “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência”. Tendo a democracia como qualificadora do Estado, seus valores passam a integrar os elementos constitutivos deste, assim como toda a ordem jurídica, constituindo, dessa forma, um “*plus* normativo em relação às formulações anteriores”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 90-1. Semelhante entendimento manifesta Rogério Gesta Leal, salientando que as novas possibilidades para o modelo de Estado que vem pela frente será fruto do desenvolvimento e aprimoramento de moldes anteriores, não completamente exitosos, evidentemente, mas que contribuíram para o avanço na questão do tratamento dispensado às demandas sociais, o que também serve para qualquer idéia que se possa construir sobre o Estado Democrático de Direito. Acrescentando posteriormente que “num Estado de Direito caracterizado como democrático, o direito implica um instrumento de defesa e garantias fundamentais, externo a ele e por ele garantidos”. In: LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77; 88.

³⁴ MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**, p. 80.

Destronou-se, portanto, o juiz cujos lábios afirmam e atuam a vontade concreta da lei, assim proclamado por Chiovenda³⁵, desaparecendo a crença na oposição entre interpretação e criação do direito, porquanto é intrínseco em todo interpretar um determinado grau de criatividade, revelando elemento discricionário ou de escolha, o que enfatiza Cappelletti, para quem afirmar serem os juízes criadores do direito nada mais é do que “uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária “law making””.³⁶

1.1.1 A transformação da função jurisdicional: decisão (criação³⁷) e discricção

A revolta contra o formalismo, visto como o positivismo jurídico nas áreas de influência francesa, e como formalismo científico e conceitual nas regiões sob influência alemã, traduziu a insurgência em face do elemento da lógica pura e da mecânica no processo jurisdicional, em que era desconsiderado o elemento voluntarístico da escolha, passando a ser reconhecido o caráter ilusório e fictício da anterior concepção acerca da interpretação, do juiz como “boca da lei”, protagonista de atividade mecânica, declaratória do direito, ausente qualquer valoração pessoal.³⁸

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 17.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de “Giudici Legislatori?” Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23-5.

³⁷ Carrió assinala que os juristas encontram-se divididos em dois grupos de difícil conciliação: aqueles que afirmam que os juízes criam direito, e os que negam a assertiva. Para o primeiro grupo, a posição dos adversos implica negativa de característica óbvia da prática do Direito, a qual somente pode ser explicada por uma espécie de “cegueira” ou “torpeza mental”, enquanto para os segundos, o entendimento dos opositores importa no desconhecimento da diferença elementar entre a noção de criação e aplicação de normas jurídicas, que nega a força obrigatória do direito, fomentando a anarquia e o caos, indicando verdadeira predileção pelo mal. Após rejeitar a possibilidade de se cuidar de mera questão de divergência verbal ou acerca do objeto da atividade judicial, o autor assenta se cuidar, de fato, de um desacordo de *atitude*, que versa sobre duas coisas: o que *deveriam* fazer os juízes e o que *deveriam* fazer os juristas ao teorizar sobre o trabalho judicial, sendo que para o grupo partidário da criação judicial, os juízes deveriam estar mais conscientes de sua importante função social, enquanto os juristas deveriam dedicar mais atenção aos problemas concretos, e menos ao mundo irreal das normas gerais. In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 105-11.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 31-3.

O positivismo jurídico³⁹ foi um efeito primeiro das codificações, primordialmente redutoras e simplificadoras, observado na França pós-1804, na Alemanha pós-1900, e em Portugal pós-1966, compartilhando o postulado básico da rejeição de quaisquer “referências metafísicas” ou “filosóficas”, afastando também as considerações religiosas e políticas, privando a Ciência do Direito de vários de seus planos, e que, no limite, desemboca na exegese literal dos textos, considerando “intocáveis” as fórmulas codificadas.⁴⁰

Por sua vez, como a espécie de formalismo mais elaborada e influente, é apontada a dogmática jurídica, cujas principais teses consistem na compreensão do Direito como um sistema fechado, dotado de plenitude hermética ou finitude lógica, do qual são deduzidas as soluções para todos os casos individuais, reais ou possíveis (a); sua ausência de identificação com a vontade histórica do legislador, pois a lei adquire “vida própria”, não permanecendo estático seu significado, evoluindo com o passar do tempo (b); a atribuição aos juristas de exibir e fixar, conceitualmente, os passos dessa evolução, formando um conjunto sistemático e coerente de proposições, cuja construção se dá única e exclusivamente a partir do direito positivo (c); a limitação da tarefa do juiz ou do intérprete na descoberta da regra geral, a fim de resolver o caso concreto, através de uma integração sistemática, coerente e dinâmica dos conceitos e figuras jurídicas constantes, exclusivamente, do ordenamento jurídico, razão por que

³⁹ Importante mencionar que a expressão “positivismo jurídico” pode ser empregada com diversos enfoques. Carrió, com base nos ensinamentos de Bobbio, salienta três designações importantes: a) como enfoque metódico – segundo ele, uma regra de direito positivo não deixa de ser uma genuína regra, mesmo que suas exigências ou mesmo os direitos por ela conferidos sejam incompatíveis com a justiça ou a moral, não existindo, necessariamente, uma relação entre o direito e a moral. Essa posição se opõe ao sustentado pelas doutrinas do direito natural, em que se pode afirmar que a regra o é, genuinamente, apenas quando compatível com as exigências da justiça e da moral; caso contrário, ainda que ditada por uma autoridade competente, resta descaracterizada; b) como ideologia – quanto retrata determinada atitude valorativa em face do direito positivo que, na sua forma extremada, pressupõe o dever moral de obediência às regras positivadas, qualquer que seja o seu conteúdo; c) como teoria, ou conjunto de teorias, concepções e teses acerca da natureza do direito positivo, das normas jurídicas, das fontes do direito, entre outros. In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 324-6.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XIX-XX: prefácio.

Nada en la actividad del juez o del intérprete puede describirse como "creación"; si bien él elabora la regla general bajo la que va a subsumir el caso, todos los elementos que entran en esa elaboración le están dados o impuestos por el orden jurídico y exclusivamente por él. Todo consiste en saber descubrir la combinación adecuada.⁴¹

Tais posturas desencadearam reações críticas, destacando-se a jurisprudência de interesses, de Philipp Heck, e, de um modo mais extremo, a concepção do direito livre, de origem alemã, e o correspondente realismo jurídico norte-americano, este de maior influência que seu equivalente europeu, chegando a negar que as normas e os conceitos gerais tivessem importância na prática do Direito.⁴²

A partir de tais concepções, são identificadas duas grandes tendências, ou seja, a formalista (racional-positivista) e a realista, tendo como critério os valores que lhes dão fundamento, a saber, a segurança no primeiro caso, e a equidade, no segundo. A postura formal-legalista busca a segurança de determinada ordem social, mediante o fortalecimento do poder legislativo, imunizando as valorações constantes do direito legislado contra outras possíveis alternativas axiológicas, realizando o fechamento da hermenêutica na ideologia⁴³ institucionalizada na lei, impedindo que

⁴¹ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 62-3.

⁴² Idem, p. 64-5.

⁴³ Ovídio Baptista da Silva, ao escrever sobre o pensamento ideológico, parte dos gêneros de ídolos de Francis Bacon (ídolos da tribo, ídolos da caverna, ídolos do foro e ídolos do teatro), "o mais ilustre representante do racionalismo", concluindo que a forma como concebida a *ideologia* esteve atrelada ao pressuposto racionalista, segundo o qual o Homem, através da razão, poderia penetrar na essência das coisas, atingindo a verdade, para o que dever-se-ia livrar das noções falsas ou representações distorcidas da realidade, decorrentes da influência dos *ídola*, ou seja, estar afastado de seus laços culturais, livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais. Daí porque existe a tendência de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, supondo-se a existência de um "ponto de Arquimedes", onde seja possível o acesso à verdade absoluta, uma realidade "naturalizada", que é um dos pilares do sistema do direito processual, permitindo ao juiz a ilusão de manter-se irresponsável, pois ao aplicar a "vontade da lei", cuja norma tem sentido unívoco, sendo sua tarefa resolver o "problema algébrico" da descoberta de sua "vontade", a injustiça, se ocorrente, é atribuída ao legislador, representando o racionalismo um verdadeiro paradigma com o qual o sistema está comprometido, do qual é instrumento o chamado "processo de conhecimento", processo "declaratório", por meio do qual o sistema pretende manter a neutralidade (passividade) do juiz durante o curso da lide, somente estando autorizado a julgar após a descoberta da "vontade da lei", alcançando o "sonhado juízo de certeza". In: SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05-34.

outras ideologias ingressem. Assim, a lei é tida como a única fonte de direito⁴⁴, a sentença representa um silogismo perfeito, o legislador e o juiz são dotados de infalível racionalidade, e a previsibilidade das decisões é sua aspiração, ainda que redunde em injustiça.⁴⁵

Já, a postura realista privilegia os valores comunitários (equidade), por meio do fortalecimento do Poder Judiciário, crendo que o direito positivo está formulado em linguagem natural, vaga e ambígua; as fontes do direito correspondem a todos os motivos que influenciam e determinam as decisões judiciais; o trabalho do juiz cria o direito⁴⁶, ao dar sentido às leis; a ciência jurídica não é neutra, mas condicionada pelas ideologias, havendo de ser construída a partir do estudo das decisões judiciais; a estrutura da sentença é um silogismo retórico, partindo da conclusão em busca das premissas; a prova judicial pode atender apenas à verossimilhança e a lei não é completa, razão por que é mister confiar na intuição e prudência dos magistrados. Assim, importa a justiça do caso concreto, ainda que vá de encontro à ordem legal.⁴⁷

A postura crítica ao formalismo racional e positivista constatou a insuficiência desta concepção em face das necessidades da realização efetiva do Direito, culminando em um paradoxo, uma vez que o formalismo e o positivismo, sempre exaltados na defesa da segurança jurídica, surgem como fatores relevantes de insegurança, já que, ao não oferecerem soluções para o problema das lacunas, contradições de princípios, dos conceitos indeterminados⁴⁸ e casos de injustiça grave,

⁴⁴ Dallari lembra que esse apego demasiado ao formalismo, decorrente do positivismo jurídico, está calcado em um antigo preceito, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, que diz que "um governo de leis é melhor do que um governo de homens". In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80-1.

⁴⁵ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 43-5.

⁴⁶ No realismo jurídico norte-americano, o *slogan* em questão ("os juízes criam o direito") assumiu uma formulação extrema, convertida em seu "grito de batalha", mediante o uso de expressões bem mais fortes, como "somente os juízes criam direito" ou "todo o direito é criado pelos juízes". In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 112.

⁴⁷ BRUM, Nilo Bairros. *Op. cit.*, p. 44-6.

⁴⁸ O conceito indeterminado é, na acepção de Engisch, aquele cujo conteúdo e extensão são incertos, anotando o autor que "os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito", sendo predominantemente indeterminados, ainda que parcialmente. In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Traduzido por J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 208-9.

descrição da atividade judicial. A tal conclusão chega Carrió, sublinhando que a expressão “criar direito” possui uma poderosa carga emotiva, fator central em uma dimensão “pseudo-descritiva” (e, de modo encoberto, emotivo-descritiva), já que criar sugere, de um modo geral, fazer algo importante; de igual modo, chamar alguém de “criador” traduz uma atitude de aprovação ou reconhecimento, sendo, por sua vez, manifesto o caráter laudatório que geralmente assume a palavra “direito”, razão por que “el agregado ‘crear derecho’ tiene el significado de ‘hacer algo muy importante y digno’, significado emotivo que obviamente no posee ‘dictar sentencias’”⁵².

Tal não significa que o juiz, criando direito, converta-se em legislador, pois ao fazê-lo, nada mais faz do que desenvolver uma função eminentemente jurisdicional, que é a de reger o caso concreto. Partindo do pressuposto que é deste que surgem as normas, sendo impossível que a lei preveja todos os fatos reais possíveis, a questão das lacunas legais perde importância, pois todo texto legal, por sua natureza, está em branco, competindo ao juiz completá-lo, mediante atividade valorativa no caso concreto, de modo que a discricionariedade não se dá apenas nos casos dos chamados tipos legais “abertos”, sendo atinente a qualquer tipo de decisão jurisdicional, independentemente de seu conteúdo.⁵³

A partir da experiência, do estudo e da reflexão, ou seja, da própria vida, o juiz realiza sua tarefa de valoração, sendo idênticas as fontes que inspiram o legislador, apontando Cardozo ser este o “ponto de contato” entre o trabalho de ambos, em que cada um “legisla” dentro dos limites de sua competência, ainda que para o juiz, estes sejam mais estreitos. Dentro dos limites dessas lacunas⁵⁴, bem

⁵² CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 111-3. O autor lembra que o uso de expressões contendo alta dose de carga emotiva, tal qual “os juízes criam direito” (ou sua negação), para direcionar o comportamento humano, é típico do vocabulário político, em seu sentido amplo, cujo objetivo é o de criar uma imagem, que seja capaz de provocar adesões ou destacar aspectos não atendidos suficientemente, não consistindo em uma descrição. Não se há de olvidar, portanto, das várias implicações políticas que contém o enunciado, remetendo ao princípio da divisão dos poderes e significação atual; à questão da legitimação democrática; ao conflito entre o princípio da legalidade e certas concepções da justiça totalitária, etc. Idem, p. 113-4.

⁵³ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**, p. 203-7.

⁵⁴ Nesse aspecto, sinala-se que acompanhamos o pensamento de Mendez, para quem, de um certo ponto de vista, todo texto legal é lacunoso, na medida em que não prescinde de valoração e interpretação. Outrossim, relevante a observação de Streck, para quem as lacunas existentes são

como nos dos precedentes e da tradição, a liberdade envolvida em sua escolha caracteriza sua ação como criativa.⁵⁵

Desta perspectiva, acentua Gischkow Pereira a utopia da completude dos textos legais:

o direito é vida, é gente, é sociedade, é valoração, é incessante e desesperadora ânsia de alcançar o justo. O direito é impregnado, palpita, vibra, transborda com o humano. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e destruir a vida, de estiolar e sufocar o que de especificamente humano há no homem, de conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades, as inquietações, o fazer perene que nos vai essencializando. [...] A vida não pode ser jungida em esquemas lógico-subsuntivos.⁵⁶

Assim, seja quando se trate de tipos “abertos”, que contenham *standards* jurídicos ou não, a experiência cotidiana e particular do juiz, enquanto pessoa, que faz parte de determinada comunidade, será chamada ao processo, sendo a decisão criada a partir do problema humano concreto, não passando de utopia a almejada dissociação da personalidade do juiz, no sentido de que apenas em determinadas ocasiões, aplicará suas vivências e em outras não, como se fora simplesmente o “portavoz de los términos estrictos y neutros de la ley”.⁵⁷ Com efeito,

el juez todo entero se ve obligado a devenir con el proceso, a desarrollar su jurisdicción procesalmente. Por eso en el momento crucial del enjuiciamiento aporta a la decisión del caso concreto toda su experiencia humana por encima de las pautas escuetas que pueda fijar la norma. [...] El juez crea irrevocablemente el derecho de las partes, aun antes de la firmeza formal de la sentencia. La omnipresencia de la valoración judicial asume aquí tal vez la mayor envergadura que puede concebirse. Y es que el derecho, antes que la experiencia de la norma jurídica, sigue siendo decisión de casos, problema concreto de partes que disciplinan su acción someténdola al proceso y al juicio.⁵⁸

axiológicas, e não técnicas, do mesmo modo que as antinomias. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 103.

⁵⁵ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83-84.

⁵⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. “Interpretação Jurídica e Aplicação do Direito”. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano X, n. 27, p. 180-96, mar. 1983, p. 181.

⁵⁷ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**, p. 208.

⁵⁸ MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**, p. 207-8.

Não há que se confundir, outrossim, discricionariedade, que pressupõe escolha, valoração, com parcialidade. Da conclusão a que chega a corrente do “direito alternativo”, apontando a decisão judicial como ato parcial, diverge Ribeiro, fundado na distinção entre a imparcialidade filosófica e a imparcialidade humana, sendo atinente à segunda a qualidade almejada na prestação jurisdicional, uma vez que sendo Homem⁵⁹, o juiz tem suas preferências e inclinações ideológicas (é, portanto, parcial, de um ponto de vista filosófico), e decide a partir de sua percepção, de seu contato com a prova, atendendo o princípio da imparcialidade ao “[...] não deixar as suas convicções, as suas predileções sobrepujarem os elementos constantes dos autos. Isso é ser *humanamente* imparcial”.⁶⁰

É indubitável ser a atividade legislativa necessária ao regramento da conduta processual do juiz, limitando seus poderes, porém não menos acertado é que o magistrado não é uma “máquina silogística”, e tampouco se presta o processo a soluções exatas, matemáticas, pois é um fenômeno cultural, e o modo como o julgador forma o material fático, seleciona as informações que recebe e conduz a lide sob sua apreciação levam a sua marca pessoal, relacionada à sua individualidade como ser humano. Isso porque

[...] a regra só indica o caminho, mas não o passo do caminhante. O subjetivismo, outrossim, revela-se ainda mais presente no próprio conhecer do juiz, na sua atitude epistemológica em face dos fatos, a variar infinitamente conforme sua capacidade intelectual com vistas a compreender, selecionar e combinar as informações e delas extrair as devidas inferências. O mesmo sucede, provavelmente com maior intensidade, na avaliação do material recolhido, tarefa em que, nada obstante a vinculação axiológica do sistema, passam a pesar, ainda que de modo inconsciente, também os próprios valores do órgão judicial, desempenhando papel importante sua sensibilidade às nuances do caso. Esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão

⁵⁹ Larenz ratifica tal conclusão, sendo condição natural decorrente da natureza humana, pois “[...] ningún hombre, y por tanto ningún juez, está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera que sea su origen o su educación. Cada hombre está marcado en su modo de entender las cosas, sea por su origen, por su entorno vital, por la educación cultural recibida, por sus experiencias vitales y profesionales y por otros muchos factores más”, não podendo ser pensado em um juiz como alguém que viva de um modo independente de seu tempo e meio ambiente, o que, contudo, não implica na tese que entende insuperáveis ditos pré-juízos, ocultados por detrás da fachada de uma argumentação jurídica, muitas vezes, sem que os próprios julgadores deles se dêem conta. In: LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Traduzido por Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993, p. 183-5.

⁶⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 20-1 (os grifos constam do original).

pela lei de todas as hipóteses possíveis, com a generalidade da regra e ainda com fatores fáticos incertos e inconstantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração.⁶¹

Acentuando a atividade predominantemente retórica e parcial⁶² dos juízes, Brum sustenta ser impossível a imparcialidade no trabalho envolvendo áreas de conflito, em que há choque entre interesses e valores, decorrendo a parcialidade judicial do fato de o juiz ser também resultado ou sujeito de uma cultura parcial, da qual absorveu pautas valorativas, que contradizem outras, decorrentes de condicionamentos sociais antagônicos, podendo ser observados vários padrões de justiça em uma mesma formação social, sendo, a par da desilusão ou incerteza da conclusão,

[...] muito salutar a conscientização de que não somos neutros nem imparciais porque, assim, descobrimos que *somos responsáveis pelas nossas decisões* e que *não podemos transferir nossas injustiças ao fantasma do legislador nem à cômoda cobertura da "jurisprudência mansa e pacífica."*⁶³

O conceito de discricionariedade, por seu turno, é um dos mais plurissignificativos e difíceis na teoria do Direito, como anota English⁶⁴. Os clássicos da doutrina da discricionariedade apontam como relevante e decisivo o ponto de vista daquele que exerce dito poder, acarretando com isso que casos com idêntico recorte jurídico poderão ser decididos de maneira diversa, por diferentes juízes ou administradores, sem que haja violação do direito. Na formulação do conceito, são incluídos, além do referido ponto de vista pessoal, também a possibilidade de escolha (possibilidade de eleger dentre várias alternativas diferentes de decisão, seja entre decisões contraditórias, seja entre decisões relacionadas de modo disjuntivo);

⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 308 p., p. 192.

⁶² Seguindo a linha de Ribeiro, poder-se-ia falar de parcialidade, no sentido filosófico, e não humano.

⁶³ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 41-2 (os grifos não constam do original).

⁶⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 212.

um espaço de liberdade ou livre apreciação⁶⁵ (possibilidade de decidir por uma entre várias alternativas, não apenas de um ponto de vista fático, mas também jurídico); e uma multiplicidade de sentidos (própria dos conceitos indeterminados), que se correlacionam entre si.⁶⁶

Há de se distinguir a “discricionariedade vinculada”, ou seja, aquela em que o exercício do poder de escolha é direcionado a um objetivo, sendo o resultado da decisão o único que se conforma a todas as diretrizes jurídicas e, em especial, à lei, das *genuínas atribuições de poder discricionário*, em que há um espaço de liberdade própria, no qual a decisão é orientada por “concepções próprias” do prolator, de modo que um autêntico poder discricionário

[...] é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada [...] a decidir em concreto, e isto [...] porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio “ponto de vista”. [...] será este ponto de vista, dizia, que se tornará em critério do juridicamente justo ou correcto, ao lado dos critérios gerais que delimitam o poder discricionário. Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objetivo (do lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjetivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objecto (no [...] caso concreto) e a individualidade do sujeito (daquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto.⁶⁷

Há de se salientar que na decisão, o juiz não é completamente livre, não podendo inovar do modo que melhor lhe aprouver; não é, nas palavras de Cardozo, “[...] um cavaleiro andante, que perambula por onde quer em busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade”⁶⁸; sua inspiração há de ser buscada em princípios

⁶⁵ O espaço de livre apreciação distingue-se dos conceitos jurídicos indeterminados, em sentido estrito, em face da possibilidade da “igual correcção de decisões divergentes no caso concreto”, não havendo razão para substituir uma pela outra, enquanto os segundos têm por escopo uma interpretação e uma aplicação unívocas, que devem ser controláveis, sendo maior sua vinculação a limites que resultam de seu conteúdo particular, enquanto aquele tem seu limite conscrito pelo Estado de Direito a todo exercício do poder discricionário (proibição do arbítrio, proibição do excesso ou falta de proporção, princípio da igualdade, justa ponderação dos interesses). In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 266.

⁶⁶ Idem, p. 216-9.

⁶⁷ Idem, p. 220-2.

⁶⁸ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**, p. 103.

consagrados no ordenamento, exercendo a discricção, orientado pela tradição, sob a disciplina do sistema⁶⁹, tendo a fundamentação grande relevância, pois quanto mais fundamentada a decisão, maior é a imparcialidade judicial, que nada tem a ver com neutralidade, que, por sua íntima relação com a indiferença, pode redundar em injustiça⁷⁰.

Desse modo, pode-se concluir, com Engisch, que há discricionariedade em nossa ordem jurídica, e que esta guarda conformidade ao princípio do Estado de Direito, no sentido de figurar como elementos decisivos a convicção e valoração pessoais daquele a quem incumbe a decisão sobre a melhor e mais justa dentre as várias alternativas possíveis em um certo “espaço de jogo”, sendo “[...] problema da hermenêutica jurídica questionar onde e com que latitude tal discricionariedade existe”.⁷¹

1.1.2 Causas e efeitos da transformação da função jurisdicional

No crescimento do papel criativo ou “*law making*” dos juízes, e sua decorrente responsabilidade-poder pelo desenvolvimento do direito, quatro causas são citadas por Cappelletti.⁷²

A primeira delas consiste na expansão do âmbito do processo, que inicialmente era visto como relação jurídica entre sujeitos privados, e passou a, seguidamente, envolver pessoas jurídicas de direito público, daí derivando a justiça administrativa e constitucional, tornando-se componentes cada vez mais relevantes do fenômeno jurisdicional; em segundo lugar, o crescimento da função legislativa e o

⁶⁹ Idem, p. 103-4.

⁷⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**, p. 21-2.

⁷¹ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 227-8. É interessante, outrossim, registrar a postura bastante crítica de Streck, para quem a discricionariedade é sinônimo de decisionismo e arbitrariedade, cuja base positivista autoriza múltiplas respostas, diversamente do que ocorre no processo unitário da compreensão, em que sempre se encontra “a resposta”, que não é nem a única, nem uma entre várias possíveis, mas simplesmente aquela que “exsurge como síntese hermenêutica, ponto de estofo em que se manifesta a coisa mesma [...] uma vez que somente em abstrato é possível encontrar respostas variadas. O caso (que é, e somente pode ser, concreto) demandará somente uma resposta (que é a resposta)”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 297 p., p. 212-5.

aumento da produção de leis - que, via de regra, contêm termos vagos e imprecisos - aliados ao comum "envelhecimento" desta grande gama de textos normativos, sendo comum permanecerem vigentes, mesmo quando já em desuso e obsoletos; um terceiro aspecto atine aos chamados "direitos sociais", produto do "*Welfare State*", cuja realização é gradual, exigindo do Estado intervenção ativa e prolongada no tempo, reclamando análise judicial dos atos ou omissões estatais, a fim de confrontá-los com os programas que são prescritos, em geral, de modo vago, pela legislação social; por fim, a massificação das sociedades industriais acarretou mudanças inter-pessoais e nos conflitos daí decorrentes, que assumiram, cada vez mais, um caráter coletivo, para o qual se revelou inadequado o modelo processual tradicional, voltado para a solução das demandas individuais, bem como o acanhado espaço que vinha sendo reservado à função judicial.⁷³

Com o declínio do Estado Liberal e o crescimento do papel do Estado, que passou a ser concebido como *welfare state*, com caráter mais *interventivo* e *promocional*⁷⁴, houve grande expansão dos Poderes Legislativo e Executivo, em que a produção de leis foi acentuada, chegando o fenômeno a ser denominado de "*orgia de leis*"⁷⁵. Devido ao crescimento exacerbado da atividade legislativa, típico do Estado Social, verificou-se a sobrecarga de trabalho desta função, que, não tendo condições de atender, com a necessária presteza, a demanda por legislação, acabou por transferir parte de suas funções ao Poder Executivo e derivações, levando o Estado Social a se transformar em Estado Administrativo⁷⁶.

A par disso, observou-se um aumento na descrença e desconfiança em face do Legislativo e também no Executivo, seja pela produção em atraso das leis, seja

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução de "Giudici irresponsabili?" Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 21-4.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**, p. 21-4.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 68.

⁷⁵ GILMORE, Grant. Apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 39.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 39.

por sua obscuridade, que conduziram à sua ineficácia, deixando de atender as finalidades sociais proclamadas.⁷⁷

Instalou-se, pois, uma crise de legitimação democrática, em que se desfez a crença na lei como produto da vontade geral, elaborada pelos representantes do povo, para este fim eleitos, passando as Casas Legislativas a ser local de confronto, em que a vontade prevalecente é a do grupo mais forte e dominante, e no qual a lei contemporânea “é muito mais fruto do lobby e das pressões de grupos⁷⁸ do que a expressão de uma ideologia”.⁷⁹

A concepção clássica da lei, como produto da “vontade geral”, foi alterada, conforme anotam Bolzan de Moraes e outros, constatando-se ser “um produto de vontades partidárias ou coligações majoritárias, em que o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o próprio conteúdo das leis”⁸⁰, em especial, em nosso País, em que o Executivo Federal invade a esfera legislativa, com a utilização corriqueira e crescente de medidas provisórias; a teórica separação de poderes entre Legislativo e Executivo deixou de ter correspondência na realidade, relevando mais atualmente a separação entre maioria governamental e oposição; por fim, restou superada a concepção clássica do Estado como realidade “monolítica e homogênea”, perdida a exclusividade de sua ação em face de outros locais de poder fundados na sociedade contemporânea, tais como organizações sociais de natureza econômica, profissional e defensoras das minorias.⁸¹

O Estado Administrativo trouxe o perigo dos abusos da burocracia e da opressão autoritária, em que o cidadão que não faz parte de um grupo poderoso,

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**, p. 44-45.

⁷⁸ Nesta seara, importante consignar também a referência que Dallari faz em relação ao Poder Legislativo brasileiro, especialmente no que tange à corrupção no setor público, destinada à busca de apoio para a aprovação de determinados projetos de lei, dependendo do interesse do financiador, e, ressaltando a existência de prática semelhante em outros países, adverte: “como fica evidente, o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis”. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 81-2.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**, p. 94.

⁸⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan; et al. “A Jurisprudencialização da Constituição. A Construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 318.

⁸¹ Idem, p. 319.

não tendo condições de influir politicamente e reagir, vê-se impotente e em completo abandono.⁸² É o que muito bem apanhou Cappelletti:

não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos temas da solidão e do sentido de abandono e alienação do indivíduo atual, a sua "solidão na multidão", tomados de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o "estado social", o État providence ou welfare state, terminou por lavar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite, à droga e ao terrorismo.⁸³

Diante desse quadro, o Poder Judiciário aparece no imaginário social como última saída, garantia final do funcionamento do sistema democrático, em face do gigantismo a que chegaram os outros poderes, tendo destacado Cárcova:

Desacreditado el sistema político que no parece funcionar sin altas cotas de corrupción; ensanchada de manera cada vez más profunda la brecha entre representantes e representados; cercada la gobernabilidad por la lógica implacable del mercado y por la sobredeterminación de poderes transestatales y transnacionales, se ha depositado, se diria, más por razones sistémicas que de otra índole, una mayor expectativa en la performance del Poder Judicial que en la de los otros poderes de Estado.⁸⁴

Para que haja um equilíbrio entre o Legislativo, que passou a intervir em um maior número de assuntos e atividades, e o Executivo, cuja face administrativa e opressora está em franco destaque, o Judiciário haverá de assumir o correspondente aumento de funções e responsabilidades que lhe tocam, elevando-se ao nível dos demais poderes, constituindo-se no que Cappelletti, com muita propriedade, denominou de "terceiro gigante", apto a controlar o "legislador mastodonte" e o "leviatanesco administrador".⁸⁵

Nesse passo, está inserida sua importante função de controle da constitucionalidade das leis, bem como de controle da atividade administrativa, em

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 45.

⁸³ Idem, *ibidem*.

⁸⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. "Los Jueces en La Encrucijada: Entre el Decisionismo y La Hermeneutica Controlada". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 68, nov. 1996. p. 313-27. Ano XXIII, p. 316.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 47.

que se vislumbra sua missão de defender o cidadão e a sociedade em geral dos abusos estatais, a par da solução dos conflitos privados.⁸⁶

De sublinhar que o nascimento do Estado Social teve seu momento histórico na Revolução Industrial, caracterizado pela massificação na organização econômica e nas próprias relações humanas, em que o individual foi substituído pelo coletivo, fenômeno que atingiu o direito processual, cujos conceitos e estrutura tradicionais, tipicamente individualistas, mostraram-se inadequados a dirimir os conflitos advindos dessa nova realidade.

A questão da legitimação para agir sofreu profunda alteração, a fim de abarcar as categorias e os grupos de pessoas que não se encontrem presentes no processo, em especial, naqueles casos em que as demandas individuais não são economicamente viáveis, e sequer conseguem exprimir o efetivo dano, cuja magnitude é sentida por uma coletividade, que, unida, tem condições mais paritárias para litigar frente aos poderosos blocos econômicos.⁸⁷

Na sociedade de massa, “[...] o indivíduo mostra-se simplesmente incapaz de se proteger por si mesmo de forma adequada”⁸⁸, tornando-se imprescindível, para a concretização das novas aspirações sociais - cristalizadas, em grande número de países, pela proclamação de catálogos de direitos fundamentais, constituindo elemento central das constituições do século XX - que os juízes assumam o papel de proteção dos direitos difusos e coletivos, em especial, quanto à criação do direito, tendo-se em conta que a legislação acerca dos direitos sociais é rica em conceitos vagos e regras programáticas, cuja efetivação fica na dependência do ativismo e criatividade judiciais.⁸⁹

Ademais, dada a diferenciada forma lingüística empregada na positivação constitucional dos direitos sociais, com formulação genérica e aberta, a reclamar a

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 46.

⁸⁷ Idem, p. 59.

⁸⁸ Idem, ibidem.

⁸⁹ Idem, p. 60-2.

efetivação de prestações positivas dos poderes públicos, diferentemente dos direitos individuais, dotados da pretensão de certeza e objetividade que marcaram o Estado liberal, foi exigida uma reconfiguração da própria função clássica dos poderes públicos, em especial, da função judicial constitucional, aumentando, sobremaneira, o tensionamento entre esta e os demais poderes, mormente quando os princípios constitucionais não encontram ressonância nas ações concretas do Legislativo e Executivo.⁹⁰

O Estado Democrático de Direito, visto como instrumento de transformação social, na lição de Streck, disponibiliza os meios para a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, através de medidas que se coadunem com o Estado do Bem Estar Social, cabendo aos operadores do direito a mudança comportamental no intuito de as implementarem.

O problema eficaz das normas passa, fundamentalmente, por um redimensionamento do papel dos operadores do Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Para tanto, **deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-Absentista. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Social.** Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito põe à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do welfare state, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁹¹ (grifos do original)

Na verdade, o problema está em olhar o novo com os olhos do velho, ou seja, diante de uma Constituição rica em direitos individuais, coletivos e sociais, na prática, não há a efetivação e implementação, ao fundamentar o Direito e a dogmática jurídica de acordo com um padrão “liberal-individualista-normativista”, do que é exemplo a cultura “manualesca”, e suas respostas rápidas e prontas para as questões singelas postas. Desse modo, quando a realidade aponta os problemas sociais complexos da atualidade, o operador do direito, não raras vezes, pretende

⁹⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan; et al. “A Jurisprudencialização da Constituição. A Construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002**, p. 320-3.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/novo/professores/Professores02.pdf>>. Acesso em: 4 abr. de 2006.

solucionar o conflito através “dos pré-juízos advindos do modelo-liberal-individualista-normativista”.⁹²

Como todo poder⁹³, não está o Judiciário imune aos riscos típicos do gigantismo, que atingem os demais poderes estatais, tais como o autoritarismo, a lentidão, a falta de responsabilidade e a dificuldade de acesso, e, mais especificamente, a dificuldade no controle do exercício da discricionariedade legislativa e administrativa, mormente quando sejam exigidos conhecimentos técnicos ou sofisticados, amiúde inacessíveis aos tribunais, culminando no perigo da ausência de efetividade, uma vez que no campo das obrigações do Estado Social, as decisões judiciais, muitas vezes, implicam em uma atividade “continuativa” por parte das entidades administrativas e do próprio legislador.⁹⁴

Surge, ainda, a questão da legitimação democrática, visto que os setores mais conservadores vêem na criação judicial do direito aspecto antidemocrático, diversamente da elaboração legislativa, respaldada pelo processo eleitoral, e da administração pública, politicamente responsável.⁹⁵

A crítica é rebatida por Cappelletti, sustentando que as lideranças legislativa e executiva não constituem perfeito paradigma da democracia representativa, restando superada a utopia de que os poderes políticos seriam capazes de alcançar o consenso da maioria; de outra parte, não é o Poder Judiciário privado de representatividade, pois mesmo nos sistemas em que os juízes não são nomeados de forma política ou eletiva, em grande número de países, integram as Cortes Constitucionais através de nomeação política, aliada à permanente necessidade de

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/novo/professores/Professores02.pdf>>. Acesso em: 4 abr. de 2006, p. 06.

⁹³ Norberto Bobbio sinaliza que o “poder”, como qualquer outro termo da linguagem política, tem uma conotação positiva e outra negativa, podendo seu exercício ser considerado benéfico ou maléfico, de acordo com os contextos históricos e os diversos pontos de vista a partir dos quais sejam considerados. “Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal”, conclui. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 49-50.

⁹⁵ Idem, p. 50.

motivação das decisões, representando esforço para convencer o público de sua legitimidade.⁹⁶

Outro argumento é o de que o Judiciário pode fornecer ingrediente à representatividade do sistema, pois, ao permitir o acesso ao processo judicial, dá proteção a grupos que não teriam condições de ingressar no processo político, sendo o processo jurisdicional, dentre todos os processos da atividade pública, o que mais viabiliza a participação, crendo o autor que o ativismo judicial contribui à democracia, vista como participação, tolerância e liberdade, onde os direitos do homem têm chance de serem respeitados.⁹⁷

Desse entendimento, compartilham Bolzan de Moraes e outros:

[...] a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais. Para tanto, temos que considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado Constitucional, não só da própria noção de democracia – trasladada para um locus legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial – mas especialmente, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia [...].⁹⁸

A jurisprudência brasileira fornece diversos exemplos de interpretação criadora do direito, em que a decisão é construída com base em princípios, preceitos constitucionais, enfim, em diversos elementos do sistema, que geralmente são desprezados por aqueles que ainda clamam por uma interpretação formalista e de mera declaração.

Veja-se, por exemplo, decisão proferida pela do Tribunal de Justiça gaúcho, antes mesmo da entrada em vigor do Novo Código Civil, que, em agravo de instrumento, manteve a decisão do juiz de 1.º grau, ao indeferir liminar em

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 94-8.

⁹⁷ Idem, p. 99-100, 107.

⁹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan; et al. "A Jurisprudencialização da Constituição. A Construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002**, p. 312.

reintegração de posse, sob o fundamento de que não havia sido demonstrado o cumprimento da função social da propriedade.⁹⁹

Em seu voto, o relator sustentou a modificação do conceito de propriedade, diante do realce à função social dada pelo texto constitucional, já vislumbrando a modificação legislativa no âmbito processual, mas advertindo que

[...] o juiz não pode deixar de decidir pela falta de norma infra-constitucional de cunho procedimental. Há de emprestar, às normas processuais, então, caráter amplo, ajustando-as ao novo direito positivo material a fim de não sepultá-lo por eventual atraso legislativo [...].¹⁰⁰

Por sua vez, o revisor, Desembargador Mário José Gomes Pereira, asseverou a necessidade de encarar a propriedade à luz dos preceitos constitucionais vigentes, em que o conteúdo de sua função social é informado pelo próprio texto constitucional, tendo regra basilar na dignidade da pessoa humana. Citando ensinamentos doutrinários, lembrou que a legislação processual que disciplina as possessórias remonta ao início do século, quando concebida para a solução de conflitos exclusivamente individuais, realidade diversa da atual, em que os litígios assumem caráter coletivo, de que as invasões de fazendas organizadas por movimentos de sem-terra são exemplo, concluindo que “o veículo processual deve ser ajustado a cada litígio, segundo seu tipo e natureza”.¹⁰¹

Na própria decisão, todavia, observamos uma orientação oposta, representada pelo voto vencido, proferido pelo Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, ao argumentar que apenas a União poderá dizer, através de ação de desapropriação para fins sociais, se a propriedade é produtiva ou não, bastando para

⁹⁹ Veja-se a ementa: “POSSESSÓRIA. ÁREA RURAL. MST. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Função social da propriedade como Direito Fundamental. Construção de nova exegese da norma material e procedimental. Investigação da produtividade e aproveitamento da área em ação possessória. Necessidade. Art. 5º, XXII e XXIII, CF. Lei nº8.629/93. Negaram provimento. Voto vencido.” In: TJRS, no Agravo de Instrumento n.º 70003434388, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior, Passo Fundo, j. 06/11/2001. TJRS – **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 04 maio 2006.

¹⁰⁰ Acórdão citado, p. 8-9 (TJRS – *Op. cit.*).

¹⁰¹ Acórdão citado, p. 13-7. In: TJRS – **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 04 maio 2006.

a concessão liminar a comprovação dos requisitos constantes do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Relembrando o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, acerca da soberania como exercício da vontade geral, pertencente ao povo, único legislador, em que a lei é “norma de caráter geral”, que “serve para estabelecer os direitos”, conclui dizendo que no Estado Democrático de Direito, em que vige o sistema republicano e a separação dos poderes, “[...] somente a lei, em seu sentido formal e material, como ato do Parlamento, pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos de quem quer que seja.”¹⁰²

Outra decisão¹⁰³, emanada da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, também relativa ao tema da função social da propriedade, indica a postura de culto à lei, em que foi reformada a sentença de primeiro grau, que julgara improcedente ação de reintegração de posse, movida pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de diversas pessoas, diante do direito de moradia, resultante da função social da propriedade.

O relator, Desembargador Rubem Duarte, após citar trecho do “Leviatã”, em que direito é visto como a liberdade que a lei civil permite, argumenta com a separação dos poderes e a necessidade de considerar a disposição legal vigente, no caso, o disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil.

¹⁰² Acórdão citado, p. 34 (In: TJRS – **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 04 maio 2006.).

¹⁰³ Vide a ementa: “REINTEGRAÇÃO DE POSSE JULGADA IMPROCEDENTE. IMÓVEL PERTENCENTE AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA LEI, CRIAÇÃO RESULTANTE DA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO, VISANDO SAIR DO ESTADO DE NATUREZA. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. A Constituição Federal, mesmo tendo explicitado a função social da propriedade, coexiste harmonicamente com o Código Civil e o Código de Processo Civil. Posse resultante de mera tolerância do estado. Bens Públicos não geram direito à posse e são insuscetíveis de usucapião. Presente o esbulho, e as demais condições do art. 927 e incisos do CPC, cabe a procedência da ação, sem direito à retenção de benfeitorias por falta de posse de boa-fé, podendo os demandados retirarem as casas que construíram. Restante do apelo prejudicado. Sentença reformada em Reexame Necessário e apelo provido. Unânime”. In: TJRS, Apelação e Reexame Necessário n.º 70000051904, 20ª Câmara Cível, j. 13/06/2001. TJRS – *Op. cit.*

A postura positivista, como se vê, ainda se encontra arraigada, o que é fruto, em grande parte, do senso comum teórico que domina nossa cultura jurídica, mormente no que tange ao processo de interpretação, visto como um processo de reprodução do contido na lei, em que as palavras teriam *um* sentido apenas, a ser “extraído” ou “descoberto” pelo intérprete, a quem cumpriria “revelar” a “vontade da lei” ou a “vontade do legislador”.

1.2 DA DOGMÁTICA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI NO SENTIDO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS À HERMENÊUTICA JURÍDICO-FILOSÓFICA E A PRODUÇÃO DO DIREITO

Em que pese a evolução observada no Estado, cujos poderes Legislativo e Executivo sofreram verdadeira explosão, a exigir um agigantamento também do Judiciário, em que a função criativa e de produção de sentido se afigura como meio de concretização do Estado Democrático de Direito idealizado pela Constituição Federal, o senso comum teórico que domina o imaginário dos juristas não acompanhou tais mudanças, criando verdadeiro hiato entre a realidade e o Direito, que, na maior parte das vezes, é ensinado e aplicado sob enfoque ultrapassado, não condizente às necessidades sociais contemporâneas, sem aptidão para o alcance dos escopos proclamados.

O *senso comum teórico* é definido por Warat como “um conjunto relativamente sistemático de definições estipulativas tornadas léxicas no uso da comunidade científica”¹⁰⁴, em que *definições estipulativas* são “propostas significativas inéditas”, eleitas dentre várias definições lexicográficas; na introdução de um termo novo; ou mediante diverso sentido de termo já em uso, enquanto as *definições lexicográficas* explicitam o modo como as pessoas de determinada comunidade usam uma expressão, consistindo no sentido que as palavras têm para elas em uma certa época, como, exemplificativamente, as definições apresentadas nos dicionários; “assim, fazer ciência é transformar um sistema de conceitos

¹⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. 2. ed. 2ª versão, aumentada, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 57.

lexicográficos em um sistema de conceitos emergentes de um conjunto de estipulações precisas”.¹⁰⁵

Desse modo, o mundo é objetificado, “coisificado”, compensando-se as lacunas da ciência jurídica, a partir de uma interiorização ideológica de convenções lingüísticas sobre o direito e a sociedade, como bem salientou Farias:

Refere-se à produção, circulação e à consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Propicia que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que “faz do exercício do operador jurídico um mero habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de capital simbólico, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, autoridade e graus acadêmicos.¹⁰⁶

É preciso, portanto, observar de que modo o senso comum teórico atua, analisando as concepções dogmáticas vigentes, em especial, quanto ao processo de interpretação do Direito, a fim de que seja desenvolvida uma consciência crítica, em que possam ser questionados os métodos empregados, e seja permitido olhar a realidade sob um novo prisma, mais consentâneo ao momento atual, no qual a interpretação não é reprodução, mas construção, produção do sentido, realizada em momento único, da aplicação. Nessa linha, Streck, apoiado em Barthes, observa que

o senso comum teórico que domina o imaginário jurídico é construído a partir de um discurso [...] que é vivido pelos usuários como um discurso universal, natural, óbvio, cuja tipicidade não é percebida e com relação ao qual todo exterior é relegado à categoria de margem ou desvio: discurso-lei que não é percebido como lei.¹⁰⁷

□ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**, p. 57.

□ FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 91.

□ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito, p. 77.

Os homens atuam e reagem comandados por crenças institucionalizadas culturalmente, sendo os estereótipos¹⁰⁸ o mecanismo lingüístico mais apto a se obter tal institucionalização, através do qual são criadas as condições discursivas do senso comum teórico dos juristas, que, revestido de dogmatismo, apresenta-se como obstáculo à consecução do Estado Democrático de Direito.

O ensino jurídico brasileiro, calcado na cultura manualesca e simplista, que se vale dos estereótipos e padrões repetidos, despídos de criticismo, que passam dos livros às salas de aula e ao dia-a-dia dos operadores do Direito, mostra-se como terreno fértil à formação do sentido comum teórico de que se fala. A dogmática jurídica desenvolvida nos cursos de Direito percebe este como simples “racionalidade instrumental”, em que predomina o dedutivismo metodológico, a partir da construção de “categorias” (casuismo didático), em uma reprodução inconsciente da relação metafísica sujeito-objeto; assim, a crise do ensino jurídico pode ser identificada com a crise do próprio Direito, uma crise de paradigmas de dupla face, ou seja, uma crise de um modelo liberal-individualista-normativista-iluminista, e uma crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, resultando em um Direito alienado da sociedade.¹⁰⁹

Nesse contexto, a interpretação é vista pela dogmática como um processo de mera reprodução, dominado pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência, em que o sujeito está frente ao mundo, objetificável, que conhece através da linguagem, vista como um instrumento ou terceira coisa na relação sujeito-objeto.¹¹⁰

□ Para Warat, os estereótipos são expressões cujo sentido designativo sempre é contextualmente construído, que depende dos conteúdos axiológicos e ideológicos, cumprindo importante papel na construção das definições e nos discursos persuasivos, exemplificando com o abuso de direito e a legítima defesa. Eles constituem elemento nuclear da transmissão de conteúdos ideológicos, sendo termos empregados para obter a consolidação e aceitação dos valores dominantes da sociedade, sempre transmitindo uma mensagem de dominação (aceitação de uma ideologia). WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**, p. 70-1.

□ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito, p. 78-9.

□ Idem, p. 94.

Existe a crença de que as palavras da lei são unívocas, cumprindo ao intérprete apenas descobrir seu sentido, como se estivesse, desde a promulgação, contido no texto legal.

Vejamos, portanto, alguns exemplos de nossa cultura jurídica de manuais.

A posição do intérprete reproduzidor de sentido é ilustrada por Rodrigues, que chega a sustentar a existência de hipóteses em que é desnecessária a interpretação, assim conceituando:

a operação que tem por objeto precisar o conteúdo exato de uma norma chama-se interpretação. A necessidade da interpretação é indiscutível, e, exceto naqueles casos em que o sentido da norma salta em sua absoluta evidência, o trabalho de exegese se apresenta continuamente ao jurista.¹¹¹ (sublinhados inexistentes no original)

Sua concepção bem denota o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, em que a linguagem está a serviço da descoberta do "*conteúdo exato da norma*"; vista, portanto, sob o enfoque instrumental.

Não distante do autor precedente, Gusmão sustenta, todavia, sempre haver a necessidade de interpretar:

Interpretar a lei é determinar o seu sentido objetivo, fixando as suas conseqüências. Toda lei tem e deve ser interpretada, mesmo quando clara, pois não é condição da interpretação a obscuridade do preceito.[...] O objetivo da interpretação é, pois, fixar o sentido do texto legal.¹¹²

Em sentido semelhante, a aceção de Maximiliano, para quem a interpretação é uma explicação, um esclarecimento, a significação de uma palavra, ato ou gesto, é a reprodução, ainda que por outras palavras de "[...] um pensamento

□ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 24.

□ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; **extrair, da frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém**".¹¹³

Ainda no contexto vigente do cotidiano das práticas jurídicas, estabelece-se a questão de qual o sentido a ser buscado no texto legal, resumido pelas fórmulas da *vontade do legislador* ou da *vontade da lei*, classificadas em subjetivista e objetivista, respectivamente.

O voluntarismo é apontado, por Bonavides, como o traço marcante da corrente subjetivista, renovado no século XX, com as modernas escolas da interpretação, no qual o voluntarismo do juiz toma o lugar que, outrora, ocupara o voluntarismo do legislador, o que ocorreu, por exemplo, com os juristas da livre investigação científica, do "direito livre" e da teoria pura do direito (Kelsen).¹¹⁴

Uma pequena reflexão sobre a questão seria suficiente para concluí-la irrelevante, pois não importa saber, no momento presente, ao aplicar determinado texto normativo, o que "o legislador" com ele pretendeu dizer, em um momento totalmente afastado da realidade atual, e, especialmente, dissociado do caso concreto; mais despropositado ainda é pensar em uma "vontade da lei", o que bem demonstra como o senso comum teórico atua sobre os juristas, que após repetições estereotipadas, passa a ser sentido como verdade científica, em que conceitos absurdos são reproduzidos sem qualquer consciência e reflexão a respeito.

1.2.1 O Problema dos métodos

Na dogmática tradicional, geralmente encontramos referências aos métodos de interpretação, que, comumente identificados com o caminho a ser seguido na

□ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 9 (os grifos não constam do original).

□ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 453.

obtenção da decisão de determinado caso concreto¹¹⁵, a qual se pretende objetiva e racional, têm por detrás uma concepção cartesiana, no sentido de que a interpretação da lei seja ato de conhecimento, e não de vontade, podendo as questões jurídicas ser resolvidas em proposições de “falso ou verdadeiro”, tal qual nas ciências exatas.¹¹⁶

Assim, o primeiro método a ser citado é o gramatical ou literal, que, desde sua origem, busca o significado literal das palavras empregadas pelo legislador, mediante o uso de meios gramaticais ou etimológicos¹¹⁷, preferindo o sentido técnico ao usual.

A existência de termos cujo significado é monopolizado pelos juristas redundam em um “ídioteo jurídico”, na acepção de Brum, em que são misturados termos comuns e termos técnicos¹¹⁸, sem que, com isso, seja perdido o caráter natural da linguagem através da qual são expressas as normas jurídicas. Assim, um dicionário jurídico representa um “catálogo de interpretação”, de acordo com este método, o qual é relevante, não só por servir de aproximação primeira ao texto normativo, como também por ter servido de ponto de partida para o

□ LEAL, Rogério Gesta. “O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais.” **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 87, t. I, p. 247-64, set. 2002, p. 247. Segundo o autor, o termo método tem sido utilizado para denominar o percurso do jurista para a solução do caso concreto, partindo do pressuposto de que a jurisdição persegue esta finalidade. Ou, ainda, nas palavras de De Plácido e Silva, “o procedimento a ser adotado no estudo ou na exposição de determinado tema”. In: **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 916.

□ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 14.

□ Vale lembrar que este método tem sua origem no direito romano, fruto da atuação dos glossadores e pós-glossadores, que se valiam de sinônimos, etimologias, além de textos paralelos. LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 249.

□ Na tipologia das linguagens estabelecida pelo positivismo lógico, a linguagem natural é o processo de enunciação realizado na comunicação humana, mediante componentes sógnicos, dotados de imprecisão significativa, multiplicidade de regras de formação, e carência de uma transmissão organizada economicamente, de modo que a produção de seus sentidos depende, grandemente, do contexto comunicacional em que foram produzidos; por sua vez, a linguagem técnica ou de estrutura especificada é usada na construção de linguagens especializadas, as quais pressupõem precisão lógica, economia expressiva e a formulação de enunciados aceitos como proposições, ficando excluído o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas. É “uma linguagem com uma clara pretensão epistêmica, concretizada através de uma abstrata tentativa de expurgar, no plano da linguagem, os componentes políticos, as representações ideológicas e as incertezas comunicacionais da linguagem natural”, do que são exemplo as linguagens produzidas no estágio atual das ciências sociais, de cunho neopositivista. In: WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**, p. 52-3.

desenvolvimento de outros métodos lingüísticos, sendo, entretanto, de um prisma ideológico, formalista, ao “congelar” os significados estabelecidos.¹¹⁹

Sob um enfoque hermenêutico, pode ser mencionada a crítica de Müller, apontando que “os teores materiais jurídicos não estão “contidos” nos elementos lingüísticos dos enunciados jurídicos. Conceitos jurídicos não coisificam enunciados”¹²⁰, os quais somente têm valor de signo, além de o aspecto gramatical (que não é unívoco), via de regra, obrigar à decisão sobre os diversos significados dos conceitos usados na linguagem cotidiana e na linguagem jurídica, o que somente é possível porque também este método não diz respeito ao texto da norma, mas à própria norma.¹²¹

Contudo, não se pode olvidar de sua importância, ainda que não enquanto método, mas como ponto de partida:

O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. [...] Decisões que passam claramente por cima [*überspielen*] do teor literal da Constituição não são admissíveis [...] À medida que o texto expressa de forma lingüísticamente confiável o espaço de ação para os enunciados normativos, o resultado não pode contrariar as possibilidades de solução remanescentes nesse espaço de ação. [...] Contrariamente à primeira impressão, a interpretação gramatical não opera sozinha mesmo no estágio cronologicamente mais recuado [*im zeitlich frühesten Stadium*] da concretização. Na busca de defensáveis variantes lingüísticas de sentido que o texto da norma indica com referência ao caso, já se recorre a outros elementos.¹²²

□ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 15-6.

□ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p 74.

□ Aqui, é preciso ter em mente a diferença entre o texto, o teor literal de uma prescrição juspositiva, representando “apenas a ponta do iceberg”, que serve para a formulação do programa da norma, e a normatividade, que faz parte da norma de acordo com o entendimento professado pela tradição, não sendo produzida pelo texto, mas resultando de dados extralingüísticos, que não podem ser nele fixados, a fim de garantir sua pertinência, tais quais um reconhecimento e funcionamento efetivos do ordenamento constitucional, de modo que “não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto”, mas os poderes executivo, legislativo e judiciário, através da elaboração, publicação e fundamentação da decisão regulamentadora, em que a formulação lingüística da norma é o fio condutor, auxiliada por outros numerosos textos, que não se identificam com o teor literal da norma, transcendendo-o. In: MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 53-5; 74.

□ Esclarece o autor, a fim de evitar mal-entendidos: “a função limitadora do texto não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical. A decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não-mediado [...] ela não precisa “resultar do teor literal”, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório”. In: MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 75-6.

O método exegético, por sua vez, predominou nas codificações dos séculos XIX e XX, agasalhando uma concepção mecânica da atividade judicial, supondo a figura de um intérprete neutro, não criativo¹²³, influenciado pelo modelo napoleônico de Direito, cujo Código surgia como um sistema jurídico completo, claro e fechado, não comportando interpretação, sendo sua aplicação mecânica, fundando as bases da Escola Francesa de Exegese, a qual reafirmaria o mito da neutralidade judicial, a fim de garantir que eventual ideologia judicial antagônica à novel legislação se rendesse à vontade dos legisladores, anulando a liberdade judicial de interpretação. A garantia da neutralidade amparou-se na concepção da sentença como silogismo, de modo que, contrariando o sentido etimológico, “a sentença deixa de ser a declaração daquilo que o juiz sente para tornar-se a declaração daquilo que o juiz deve aplicar, ainda que não o sinta”.¹²⁴

Portanto, a partir de sua origem, pode-se dizer que este método objetiva o fortalecimento do Legislativo, visando à segurança da ordem jurídica fundada na lei, em oposição aos métodos em que predomina a equidade, e que fortalecem o Poder Judiciário. Nesse passo, o conhecido “espírito do legislador” foi concebido nessa época, como recurso retórico, a fim de permitir certa maleabilidade ao sistema, tendo inicialmente servido para dar maior amplitude aos sentidos rígidos das leis napoleônicas, enquanto que atualmente, seu uso pode ser associado tanto à adjudicação de sentidos inéditos às normas jurídicas, como à desqualificação das decisões judiciais que não observam o sentido tradicional.¹²⁵

De seu turno, o método *sistemático* ou lógico-sistemático¹²⁶ pressupõe que as normas de um ordenamento ou parte dele (Direito privado, Direito penal) constituam uma totalidade ordenada, de modo que no esclarecimento de uma norma

¹²³ LEAL, Rogério Gesta. “O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais.” In: **Revista da AJURIS**, p. 250.

¹²⁴ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 17.

¹²⁵ Idem, p. 18.

¹²⁶ Bonavides realça que a interpretação sistemática completa a interpretação lógica, representando “um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na *ratio*”, tendo tal método, que se baseia, de um modo objetivo, nas relações ou interconexões de normas, ensejado diversos cânones interpretativos fundados em argumentos lógicos, como *a fortiori*, *a contrario*, *sedes materiae* e *ad absurdum*. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 445.

aparentemente obscura ou deficiente, as respostas devem ser buscadas no “espírito do sistema”, ainda que contradiga a interpretação literal.¹²⁷

A ordem jurídica é tida por um sistema global de normas legais, consistente e coerente, representando um “plano ou modelo jurídico de sociedade”, um “projeto social”, no qual todas as respostas podem ser encontradas, seja de modo implícito ou explícito, vedada sua busca em seu exterior, não existindo, de fato, normas ambíguas ou obscuras, apenas ignorância do sistema. É preciso observar que tal método parte do pressuposto de uma ordem jurídica consistente, completa e coerente, o que, para Brum, não passa de uma falácia, ensejando que o hermeneuta sistemático combine os elementos do sistema legal de acordo com sua ideologia e conveniência, “tal como o jogador que combina suas cartas na forma mais conveniente ao seu jogo”.¹²⁸

Já, o método histórico-evolutivo orienta o intérprete a adaptar o Direito às exigências sociais imprevistas, às variações do meio, participando da realidade, em que são consideradas as condições temporais em que a norma incide, além das condições de sua gênese, interpenetrando-se ambos os sentidos. Apresenta-se em duas vertentes, uma moderada, em que o intérprete tem em vista o bem comum, não podendo decidir *contra legem*, o que é viável para a outra corrente, chamada de extremada.¹²⁹

Fundada por Gustav Hugo e desenvolvida por Savigny, a Escola Histórica Alemã contrapôs-se à Escola Francesa de Exegese, intentando emancipar o juiz do legislador, mas sem que aquele perdesse sua neutralidade decisória. Vendo o Direito como produto da história, e tendo os costumes por fonte primordial, o sentido do texto deveria ser buscado nas necessidades e aspirações comunitárias de cada época, fazendo surgir a figura do “espírito do povo”, a fim de desbancar o “espírito do legislador”. Todavia, ambos são estereótipos ou abstrações, tendo por fito a

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 76.

¹²⁸ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 21-2.

¹²⁹ LEAL, Rogério Gesta. “O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais.” In: **Revista da AJURIS**, p. 250-1.

ocultação e sustentação de certas ideologias, tanto que o “novo fantasma” serviu para recobrir, de aparente legitimidade, os desígnios nazistas, bem como os interesses dos chefes do partido comunista no direito soviético, os últimos amparados no “espírito do proletariado”; por outro lado, a Escola Histórica ampliou os horizontes da interpretação, agregando novas possibilidades na direção da equidade, tendo descartado a “vontade do legislador” como instância única de sentido.¹³⁰

O método teleológico tem sua origem atribuída a Ihering, sobrelevando o fim do Direito, que é a paz, sendo a luta o meio de sua obtenção, no sentido de um árduo trabalho, não apenas do Poder Público, mas de toda a população; a defesa do Direito através do processo tem por objetivo ideal a afirmação da própria pessoa que litiga e do seu sentimento de justiça, em que o fim justifica os meios, constituindo um dever do titular para consigo mesmo, representando um imperativo de autodefesa moral, mas não apenas isso, pois representa também um dever para com a comunidade, “pois só por meio de tal defesa o direito pode realizar-se”.¹³¹

Assim, o Direito é considerado um instrumento de controle social, em que se busca a finalidade da lei, importando as repercussões sociais de sua aplicação, seu sentido prescritivo com vistas ao futuro. São rechaçadas as posturas metafísicas e essencialistas, situando-se na dimensão instrumental e praxiológica do Direito, não chegando a ser propriamente um método interpretativo¹³², “[...] mas uma postura ideológica frente ao ato de interpretação, ou seja, uma tendência ou predisposição do intérprete em relação à função do direito.”¹³³

¹³⁰ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 23-5.

¹³¹ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 27, 38-9.

¹³² Tal “método” não pode ser documentado como autônomo; na prática, atua como “bacia de confluência de valorações subjetivas ou ao menos subjetivamente mediadas de natureza referida ou não-referida a normas, na sua totalidade de natureza preponderantemente determinada pela política do direito e da constituição ou pela política em geral”, seguidamente servindo de rótulo para pontos de vista materiais do âmbito da norma, ocultados atrás de fórmulas como “conformidade ao fim”, “praticabilidade” e de idéias não esclarecidas no aspecto funcional, como “a natureza da coisa”, “a essência do instituto jurídico”, a “consideração de dados sociais e políticos”, ou outros. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, p. 78.

¹³³ BRUM, Nilo Bairros. *Op. cit.*, p. 26-7.

Destaca-se, ainda, a Escola do positivismo sociológico ou sociologismo comteano, que elege a observação direta dos fatos como *método infalível* de obter conhecimento científico, em que as relações sociais, dotadas de consciência coletiva, que preside a conduta humana, servem de fonte deôntica determinadora de uma razão volitiva, tendo no positivismo normativista kelseniano o seu reverso, o qual buscava uma pureza normativa, expulsando do Direito qualquer contaminação sociológica ou política, em que o Direito é identificado pelo dever-ser que a norma jurídica imputa ao homem.¹³⁴

Na Alemanha, o movimento ganhou expressão extremada na Escola do Direito Livre, propondo uma ampla liberdade de interpretação judicial, em que os juízes deveriam ser liberados dos limites normativistas e formalistas¹³⁵, encontrando-se vinculada ao método da livre pesquisa científica, cuja posição mais radical foi ocupada por Hermann Kantarowicz, sustentando que, na busca do ideal jurídico do direito justo, o operador poderá decidir *praeter* e *contra legem*, ao passo que Françoise Geny representou a posição moderada, admitindo apenas a decisão *praeter legem*, servindo a realidade social como meio de interpretação da lei e do Direito, em que o costume é orientador nos casos lacunosos, abrindo-se, na sua insuficiência, o caminho para a livre investigação científica.¹³⁶

Por sua vez, na Escola do Positivismo Fático, surgem correntes extremadas, como a dos realistas norte-americanos, destacando-se Félix Cohen, e vertentes moderadas, como a do realismo escandinavo de Alf Ross, em que os primeiros chegam a desprezar as normas legais, enunciados metafísicos, que não têm liame com a realidade fática, exaltando, de outra parte, o sentido que os juízes atribuem às normas, pois para eles, a lei é o que os juízes dizem ser, ao passo que o segundo grupo não nega valor às disposições legais, condicionando-o, entretanto, à

¹³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 62-64.

¹³⁵ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 31.

¹³⁶ LEAL, Rogério Gesta. "O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais." In: **Revista da AJURIS**, p. 252-3.

correspondência que as normas legais possam ter com a realidade em termos de eficácia.¹³⁷

No meio termo entre o formalismo e o realismo, situa-se a Escola Ecológica (Carlos Cossio), em que a interpretação judicial da lei há de levar em conta a ciência e a consciência do juiz, mediante o uso de um método empírico dialético, com apoio nas fontes do direito, que são as valorações da comunidade, que se encontram positivadas nos ordenamentos jurídicos. O Direito é um objeto cultural, composto pela conduta (substrato) e pelo dever de realizar um valor (sentido), em que compreender os significados corresponde ao ato gnosiológico da interpretação e da aplicação da norma. Compreender é revelar o sentido, de modo que “a interpretação, enquanto compreensão, consiste na captação do sentido da conduta humana em interferência intersubjetiva com a norma [...] tida como um conceito e não um objeto”.¹³⁸

À listagem, ainda podem ser acrescentados os métodos tópico-retórico e dogmático.

A tópica jurídica¹³⁹, que é parte da retórica¹⁴⁰, é derivada da obra de Theodor Viehweg, *Topic und Jurisprudenz*, publicada em 1953, cujas idéias se assemelham às anteriormente defendidas por Edward H. Levi (1951), em *An Introduction to Legal Reasoning*, em que sustentava um raciocínio jurídico fundado

¹³⁷ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 31-2.

¹³⁸ LEAL, Rogério Gesta. “O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais.” In: **Revista da AJURIS**, p. 255.

¹³⁹ Aqui, fala-se da tópica jurídica, como fonte da teoria da argumentação jurídica contemporânea, ao lado da *nova retórica* (Perelman) e da *lógica informal* (Toulmin), não se olvidando, outrossim, de sua origem antiga, remontando a Aristóteles e Cícero, que perdeu influência na cultura ocidental a partir do racionalismo e da invasão do método matemático-cartesiano. In: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 45-49.

¹⁴⁰ Na nova retórica, Perelman parte da distinção, de origem aristotélica, entre raciocínios analíticos (lógico-formais) e raciocínios dialéticos e retóricos, baseando nos segundos sua teoria argumentativa, que se desenvolve no terreno da plausibilidade, pois “os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de determinada decisão ou opinião”, ocupando lugar fundamental o auditório, o qual se visa persuadir. São três os elementos da argumentação - o discurso, o orador e o auditório -, que se cuida de uma ação ou processo, através do qual se pretende obter a adesão do auditório, por meio da linguagem. In: ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 61-3.

em exemplos, ou seja, “do caso a caso, do particular ao particular”, aplicável ao campo do Direito jurisprudencial e ao da interpretação das leis e da Constituição. Não se parte, pois, de regras fixas, mas de regras que mudam em cada caso, em que o Direito aparece como um sistema aberto, o raciocínio jurídico não é meramente dedutivo, e o movimento dos conceitos respectivos é “circular”, pois construído à medida da comparação dos casos, sendo a lógica jurídica uma lógica peculiar, na qual a noção de consenso tem grande importância.¹⁴¹

A tópica viehwegiana é uma técnica do pensamento que se orienta pelo problema, sendo, pois uma *técnica do pensamento problemático*, no qual o problema atua como guia, sendo o lugar principal ocupado pela noção de tópicos, cuja função é a de servir a uma discussão de problemas; a tópica é um procedimento de busca de premissas, em que se verifica a ênfase sobre as premissas, em detrimento das conclusões: “[...] el modo de buscar las premisas influye en la índole de las deducciones y, al revés, la índole de las conclusiones indica la forma de buscar las premisas”.¹⁴²

Este método, portanto, trabalha com diretrizes retóricas entendidas não como princípios lógicos, mas como lugares comuns revelados pela experiência, capazes de solucionar círculos problemáticos concretos. Assim, partindo do caso particular, utilizam-se dos diversos métodos de interpretação existentes em direção aos pontos de vista (*topoi* ou tópicos) que lhe sejam pertinentes.¹⁴³

No âmbito da interpretação constitucional, tal tarefa seria reconduzida a “[...] um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto”, para o que os operadores se servem dos *topói* ou pontos de

¹⁴¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, p. 45-7.

¹⁴² VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Traduzido por Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madri: Taurus, 1986, p. 53-4, 61-3.

¹⁴³ “Os tópicos nada mais são do que opiniões acreditadas que, por seu poder retórico, dispensam verificação ou demonstração. Eles nada têm a ver com a verdade [...], mas sim com a verossimilhança. As conclusões que se obtêm quando se têm tópicos como premissas, não são lógicas, mas dialéticas. Daí pode-se concluir que a tópica é uma prática da argumentação”. BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 35.

vista, cujo risco é o de que se chegar a um “casuismo sem limites”, além do fato de que o ponto de partida deve ser da norma em relação ao problema, e não o inverso, adverte Canotilho.¹⁴⁴

O método que ainda domina o pensamento jurídico continental, contudo, é o dogmático, consistindo, em verdade, de um sistema de construção de modelos de direito interpretado, em que todo o direito positivo é reconstruído teoricamente, de forma a abranger todos os casos possíveis e eliminar todas as lacunas do sistema legal. Além da riqueza de seu instrumental, o prestígio de cada modelo situa-se na autoridade de seu autor perante a comunidade jurídica, a que se soma o fator da comodidade da oferta de argumentos prontos de importantes juristas:

Trata-se da articulação mais ou menos arbitrária dos diversos métodos de interpretação conhecidos, segundo a qual o doutrinador toma os textos legais de um determinado ramo do direito e os ordena com o auxílio de um arsenal de dogmas chamados princípios que se estruturam em institutos e subsistemas jurídicos. [...] A nível decisório, as dogmáticas constituem mais que método de interpretação, conjuntos de decisões pré-fabricadas que, graças a sua autoridade, inibem a atividade efetivamente interpretativa do órgão decisório. Através de uma tradição universitária que (também por comodidade) faz desses modelos o único objeto de ensino e por meio da confirmação jurisprudencial, poucos homens mantêm o monopólio das significações jurídicas.¹⁴⁵

Este método pode ser identificado com o jurídico ou hermenêutico clássico, que, do ponto de vista da interpretação da Constituição, a considera como qualquer lei, devendo ser interpretada com o auxílio das regras tradicionais: do elemento gramatical, do lógico, do histórico, do teleológico e do genético, representando o texto tanto o ponto de partida, para que os concretizadores das normas captem o seu “sentido”, como o limite na tarefa interpretativa, em que “a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 1.195-96.

¹⁴⁵ BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 30-1.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.194-95.

Nesse ponto, é mister ressaltar a hermenêutica objetivista de Emilio Betti, que, segundo Streck, teve forte influência sobre expressivos setores da doutrina brasileira, em que se busca, através de uma interpretação dogmática, “o sentido exato da norma”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o exclusivo conteúdo ou sentido da lei”, dentre outras expressões congêneres, as quais denotam a percepção do processo interpretativo como a realização do sentido que lhe fora atribuído por seu criador, no caso, o legislador, a quem se confere o encargo de dar sentido.¹⁴⁷

A teoria geral da interpretação bettiana é concebida de modo universal, tendo caráter eminentemente objetivo, sustentando seu autor que todas as formas de interpretação científica, da Filologia ao Direito, têm uma estrutura gnoseológica comum, em que a tarefa hermenêutica é a de elaborar critérios objetivos, como fundamentação metodológica de todas as ciências do espírito. Assim,

a compreensão é, no caso, o processo espiritual, cujo esforço é o de captar um espírito estranho, na maneira como este se expressou em formas significativas a serem interpretadas. A interpretação, cuja teoria é a hermenêutica, recomenda-se como meio de resolver o problema epistemológico da compreensão. [...] As objetificações a serem interpretadas (linguagem, mas também gestos, monumentos, vestígios, tons, etc.) são representativas ou substitutivas para o espírito interior que se pretender entender. [...] Dessa forma, deve o intérprete deixar de lado, o melhor que puder, os seus interesses e projeções pessoais, e respeitar a autonomia do significado pretendido pelo autor. [...] Compreensão não teria absolutamente nada a ver com aplicação, caso se quisesse saber preservada a objetividade e controlabilidade do processo de interpretação.¹⁴⁸

O processo hermenêutico é, portanto, constituído de três elementos: o sujeito-intérprete, o objeto a ser interpretado e o espírito de outro sujeito, sendo a interpretação um processo reprodutivo, uma vez que representa uma interiorização ou tradução, para uma linguagem própria, de objetivações de outra mente, através de realidade semelhante àquela da qual derivada a forma significativa.¹⁴⁹

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito, p. 106-7.

¹⁴⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 210-1.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 106.

A hermenêutica bettiana trabalha com cânones interpretativos, que têm por escopo tornar verificável sua objetividade, tendo sido classificados quanto ao objeto: o cânone da autonomia hermenêutica ou da imanência do parâmetro hermenêutico ("*autonomia e immanenza del criterio ermeneutico*"), em que se busca o sentido originário do texto, afastando as projeções do intérprete; o cânone da totalidade e da conexão significativa intrínseca da contemplação hermenêutica ("*totalità e coerenza dell'apprezzamento ermeneutico*"), no qual o texto deve ser compreendido em sua totalidade, inserido em um contexto; quanto ao sujeito-intérprete: atualidade da compreensão ("*attualità dell'intendere*"), através do qual o intérprete reproduz, interiormente, o processo criador, traduzindo-o para a própria realidade, e adequação da compreensão ("*adeguazoni dell'intendere: corrispondenza di sensi e congenialità ermeneutica*"), em que o estímulo oriundo do objeto é trazido para a atualidade vivencial do intérprete, de modo harmônico e compatível.¹⁵⁰

O tratamento que a doutrina tradicional vem dando aos métodos de interpretação tem merecido críticas de juristas de vanguarda, como Warat, apontando sua finalidade de ocultação do compromisso ideológico com as soluções da prática judicial, e de Eros Grau, para quem os métodos funcionam como justificativas legitimadoras dos resultados que o intérprete se propõe a alcançar, revelando-se arbitrário o seu uso, já que inexistente uma meta regra que ordene sua aplicação.¹⁵¹

Ditos métodos funcionam como instâncias retóricas, cuja função é a de concentrar certos valores que se quer preservar, de modo aparentemente neutro e científico, ou seja, através de uma ocultação das ideologias, garantem a objetivação dos discursos ideológicos; de acordo com o método ou métodos utilizados, é possível transformar a linha de decisão, fundando diversas conseqüências jurídicas em uma

¹⁵⁰ BETTI, Emilio. **Teoria Generale Della Interpretazione**. Milano: Dott A. Giuffrè, 1990. v. I, p. 304-21.

¹⁵¹ Ambos referidos por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito, p. 109-10.

mesma norma legal, de modo que “a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas”.¹⁵²

Tal indica a impossibilidade de resolver os problemas de concretização jurídica com a aplicação dos métodos interpretativos, os quais não são sistematizáveis do ponto de vista formal, sendo utilizados, no mais das vezes, de forma implícita, como conceitos que fazem parte de aspectos de diversas origens, não esclarecidas e especialmente não controláveis, e que, tal como o ordenamento jurídico global, não podem ser entendidos como sistema fechado, coerente e conclusivo de dados previamente existentes e aplicáveis, ou seja, são incompletos e inconclusos, o que, por si só, já demonstra que “a interpretação do direito e o desenvolvimento do direito [Rechtsfortbildung] não podem ser separados com rigorismo”.¹⁵³

Ocorre que, sob um prisma dogmático, a interpretação judicial é pensada como atividade que se desenvolve em fases bem distintas e separadas entre si: a fase cognitiva dos fatos e normas aplicáveis; a fase valorativa; a fase decisória e a fase justificativa do ato decisório, as quais, ainda que existentes, na prática, influenciam-se e interpenetram-se simultaneamente. Assim, já na instância cognitiva, está presente a valoração, diante da escolha metodológica, determinada pela decisão do intérprete, iniciando-se a justificação na primeira fase, daí sendo possível concluir que a atividade retórica dos juízes se encontra presente em todas as “fases” interpretativas, não só na fundamentação. “Conhecer, interpretar, valorar, decidir e justificar são aspectos de uma só atividade indivisível que se chama julgar”.¹⁵⁴

Nesse passo, a hermenêutica filosófica representou uma “chamada de atenção” sobre a estrutura de pré-compreensão de que é dotada a interpretação jurídica, bem como de seu condicionamento histórico, trazendo à lume o fato de que o operador do direito não pode interpretar a lei senão desde e para uma situação concreta, em que a concretização da lei não pode ser isolada da pré-compreensão do

¹⁵² BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**, p. 11; 40.

¹⁵³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, p. 44-5.

¹⁵⁴ BRUM, Nilo Bairros. *Op. cit.*, p. 40-1.

intérprete, condicionada por suas experiências, conhecimentos, e pré-juízos, decorrentes de sua circunstância histórica.¹⁵⁵

1.2.2 A Hermenêutica Jurídico-filosófica e a Produção do Direito

No pensamento de Heidegger, a questão da linguagem está no lugar central, sendo o homem, em essência, "memória do ser", o momento fundamental de seu desvelamento, somente se podendo falar da linguagem no homem, onde o ser se desvela. O homem, que é ser histórico, ao perguntar, age no interior de uma tradição cultural específica, de modo que nós, ocidentais, tratamo-la dentro da concepção elaborada na metafísica clássica, transferida posteriormente às ciências da linguagem, e mais atualmente, à sua concepção tecnocientífica. No entendimento ocidental, a partir do *dualismo originário* (forma/matéria, em que a primeira é determinante, a segunda, determinada), a linguagem é tida por expressão, efetivação de essência ideal (sentido ou razão), o que ocorre a partir do uso da matéria (som) pela razão humana, transformando-a em veículo de sua manifestação, expressão do pensamento, da razão e da consciência.¹⁵⁶

Portanto, o homem moderno sente o real como objeto, que ele pode dominar e manipular, à sua disposição, ficando a linguagem reduzida à informação, processo do qual o homem se utiliza, a fim de tomar conhecimento dos entes, e sobre eles exercer domínio, concepção universalmente vigente e que, para Heidegger, constitui a essência da técnica, a qual revela o real como manipulável, sendo a informação, dessa perspectiva, o modo como a natureza (enquanto submetida às perguntas do homem, relacionada com ele e manipulável) é revelada através da técnica, sendo justamente a informação uma das características da

¹⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995, p. 264-5.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, p. 201-3.

civilização contemporânea, via intermediária do conhecimento necessário à manipulação.¹⁵⁷

O lugar de destaque reservado para essa concepção da linguagem é observável no desenvolvimento do computador, sendo a própria essência do homem determinada a partir da máquina. Todavia, não constitui a descoberta da linguagem como informação o problema maior, mas o caráter absoluto de que é dotada sua dimensão instrumental, reduzindo-a a mero instrumento, com o qual entramos em contato com os outros, fazendo da facilitação do uso um ideal, em que se insere o hábito das abreviações e reduções, denotando que usamos as palavras como meio de designar coisas que podem dizer tudo, mas que, em verdade, nada dizem, apontando para um sério problema de nosso processo civilizatório: o da massificação humana, em que

[...] os conteúdos mais profundos são afastados da linguagem para facilitar seu manuseio, mas também porque o homem inautêntico não tem mais acesso à profundidade de sua vida. A linguagem tornou-se um fenômeno de superfície que toca apenas a superfície da vida humana. É essa experiência da linguagem enquanto informação que faz com que o homem de hoje perca a abertura para outros tipos de linguagem, como por exemplo a linguagem da *poesia*, que lhe parece uma linguagem vaga, imprecisa, sem vinculação com a vida.¹⁵⁸

Daí a busca de Heidegger na demonstração das bases de outro paradigma de pensamento, em que a linguagem é o momento fundamental para toda experiência do real; não negando seu caráter instrumental, ele pretende pensar a relação originária do homem com a linguagem, cujo primeiro passo é o de superação da postura objetivante do paradigma da subjetividade, da consciência, acerca da linguagem: mesmo quando falamos da linguagem, nunca a abandonamos, falando sempre a partir dela, pois nosso ser-no-mundo é lingüisticamente mediado, e somente onde houver linguagem, é que os entes se manifestam a nós, onde o ente pode se revelar como ente, sendo o originário que "a linguagem nos marca, nos

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, p. 203.

¹⁵⁸ Idem, p. 203-4.

determina, e nela se dá a revelação dos entes a nós, o que só é possível porque, em sua dimensão última, a linguagem é o evento do desvelamento do sentido do ser”.¹⁵⁹

A hermenêutica da faticidade heideggeriana pretende ser uma hermenêutica daquilo que trabalha atrás da elocução, podendo ser entendida como uma interpretação da estrutura de cuidado do ser-aí humano, expressada antes e atrás de cada juízo, sendo sua forma de concretização mais elementar a compreensão ou modo de entender, que corresponde ao entender-se “sobre algo”, ou seja, estar apto para ele, no sentido de habilidade ou poder, “situar-se” ou achar-se no mundo.¹⁶⁰

Nossa compreensão de mundo orienta-se de acordo com esboços não expressos, que constituem possibilidades de nós mesmos (poder ser, em que entender é poder, capacidade de concretizar esta ou aquela forma de entender), e que, de início, não são de nossa escolha, pois antes, somos neles “jogados”, sendo o “ser lançado” e a historicidade do ser-aí característica de nossa faticidade, fazendo parte da pré-estrutura fática e primária de nossa compreensão, visando a hermenêutica heideggeriana a um “[...] esclarecimento explícito dessa pré-estrutura historicamente dada. Este esclarecimento é por ele chamado de interpretação.”¹⁶¹

A compreensão e a linguagem pertencem à esfera do desvelamento dos entes, radicada na essência da linguagem, que é a casa do ser, sendo a absolutização da tecnologia da informação responsável pela ocultação da verdadeira essência da linguagem, daí advindo a importância do novo paradigma, da

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, p. 205-6.

¹⁶⁰ Nesse aspecto, Gadamer comenta que o verbo alemão *verstehen* (compreender) possui dois sentidos, sendo o primeiro o mesmo daquele quando digo que compreendo ou entendo o significado de alguma coisa, podendo ser observado um segundo sentido quando refiro ser entendido em alguma coisa, denotando um “saber-fazer”, um “poder”, “capacidade para” desempenhar uma tarefa no nível prático, parecendo distinto da compreensão obtida em um conhecimento científico na segunda acepção. Em um olhar mais próximo, verifica-se algo comum entre ambas, um ato de conhecer, “ser entendido em alguma coisa”, “saber como se situar”. Em suma, nos diz Gadamer, “mesmo que pareça perfeitamente evidente que a compreensão simplesmente prática de um fim racional possua outras normas que não a compreensão de um texto, por exemplo, ou de qualquer outra expressão da vida, não é menos verdade que todas as compreensões se reduzem, finalmente, ao nó comum de um “eu sei como me ocupar”, isto é, a compreensão de si em relação a alguma outra coisa”. In: GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O Problema da Consciência Histórica**. 2. ed. Traduzido por Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 40-1.

¹⁶¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 159-62.

hermenêutica do eis-aí-ser, como ser-no-mundo, em que a filosofia se faz *ontologia hermenêutica*, interpretação do sentido do ser, enquanto sentido, que se encontra subjacente à toda e qualquer atividade do homem no mundo, sendo o espaço hermenêutico o da revelação dos entes, que ocorre no espaço da revelação do ser.¹⁶²

A partir da fenomenologia de Husserl, Heidegger deixa assente que a compreensão, diversamente do que preconizara Dilthey, não é mais um ideal do conhecimento ao qual o espírito que envelheceu deve aceitar resignado, nem é tampouco mero ideal de método da filosofia, mas contrariamente,

[...] o compreender é a forma originária de realização do ser-aí humano enquanto ser-no-mundo. E, antes de sua diferenciação nas duas direções do interesse prático e do interesse teórico, o compreender é o modo de ser do ser-aí que o constitui como "saber-ser" (*savoir-être*) e "possibilidade" [...] seu conceito de compreensão tem um peso ontológico. A compreensão também já não é mais uma operação que se deslocaria no sentido inverso e posterior ao da vida constituidora, ela é o modo de ser originário da vida humana mesma.¹⁶³

A análise existencial coloca-se como momento de intermediação, ponte necessária para interpretar o sentido do ser, sendo característica ôntica do *eis-aí-ser* ser ontológico, fundamentalmente compreensão do ser, hermenêutico, compreensão prévia do sentido do ser, presença do ser, *EXISTÊNCIA*, compreensão que constitui o homem enquanto homem. "O homem nunca é, simplesmente, mas só é enquanto ser-no-mundo, isto é, ele já desde sempre se encontra situado num "mundo determinado como hermenêutico."¹⁶⁴

Na faticidade, o homem é ser do projeto e da possibilidade, que, ao compreender seu próprio ser, compreende suas possibilidades, sendo o ser-no-mundo cuidado, que tem o sentido originário da temporalidade, e se revela, em

¹⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, p. 207-8.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O Problema da Consciência Histórica**, p. 40.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Op. cit.*, p. 209-10.

plenitude, na morte. "A temporalidade emerge, assim, como o sentido do ser do eis-aí-ser e, por conseguinte, como o horizonte de sentido do próprio ser".¹⁶⁵

Inverte-se a concepção da hermenêutica tradicional, que percebe a interpretação como meio para a compreensão, ou seja, na qual esta seria o resultado de uma prévia interpretação. Com Heidegger, parte-se da compreensão, que é levada a termo pela interpretação, verdadeiro "des-membra-mento" do implicitamente pré-entendido, que ocorre após a primeira compreensão. De fato, a interpretação pretende auxiliar a transparência da pré-compreensão, tentando evitar o equívoco pessoal, consistindo sua tarefa primeira a de conscientização sobre a pré-estrutura compreensiva, dando transparência à própria situação hermenêutica, a fim de que o estranho, a diversidade do texto, possa fazer-se valer, ser desvendado e vir à tona, ou seja, possibilitando que nossos preconceitos¹⁶⁶ se tornem claros e não exerçam uma dominação sem que percebamos, escondendo o específico do texto a ser interpretado. A relação entre a interpretação e a compreensão é circular, ou, mais precisamente, entre aquela e as pré-concepções que a nutrem, em que o essencial não é se livrar do círculo, mas ingressar nele corretamente, de modo que a primordial função de uma interpretação autêntica é elaborar para si mesma e levar à interpretação suas próprias concepções, cujo objetivo não é o de fazer "uma reflexão que simplesmente descarte tais pré-concepções, mas um reflexivo realçar da pré-estrutura pessoal, que ponha a caminho um verdadeiro *diálogo* entre duas posições específicas [...] com as coisas e com o pensamento alheio".¹⁶⁷

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**, p. 210-11.

¹⁶⁶ Gadamer diz que "preconceito" (*Vorurteil*) ou "juízo prévio" (na tradução literal, cf. nota do tradutor) significa um juízo (*Urteil*) formado antes da análise definitiva de todos os momentos determinantes do que estiver em questão; assim, no procedimento da jurisprudência, é uma "pré-decisão" jurídica, lançada antes da sentença definitiva, representando uma redução das chances daquele que participa da lide, razão por que em francês, *préjudice* significa prejuízo, desvantagem, dano, negatividade que é apenas secundária. A palavra não significa "de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente", ou seja, existem "*préjugés légitimes*", sendo a conotação que o atrela ao fundamento, ou seja, concebendo-o como "juízo não fundamentado", em que somente a fundamentação e a garantia do método conferem dignidade ao juízo, típica do espírito racionalista, em que se baseia o descrédito aos preconceitos em geral, sendo pretensão do conhecimento científico sua total exclusão. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 360-1.

¹⁶⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 164-6.

A clarificação, o esclarecimento, através do trabalho filosófico, leva a termo a interpretação que o ser-aí já realiza de antemão, razão pela qual se pode aduzir que a hermenêutica introduzida por Heidegger aspira à auto-interpretação da faticidade, assim entendida como a própria interpretação da interpretação.¹⁶⁸

A interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e dos hábitos de pensar limitados, imperceptíveis, voltando seu olhar para a própria coisa, em que pesem os desvios a que o intérprete se vê submetido constantemente, em face das idéias que ocorrem. Aquele que quer compreender um texto, elabora um projeto prévio, de modo que assim que aparece um primeiro sentido, o intérprete prevê um sentido do todo, sentido que se manifesta porque aquele que lê o texto, lê a partir de determinadas expectativas, em uma perspectiva de um sentido determinado. Este projetar compreensivo¹⁶⁹ tem que ser constantemente submetido à revisão, reprojutando-se de acordo com o que ocorre, à medida que se avança na penetração do sentido, pois aquele que busca compreender está sujeito a erros, derivados de opiniões prévias, que não se confirmam nas próprias coisas. Sendo a tarefa constante da compreensão a de elaborar os projetos adequados às coisas, os quais, como antecipações, só podem ser confirmados "nas coisas", somente alcançando sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias não forem arbitrarias.¹⁷⁰

Por isso, é que o intérprete não se deve dirigir diretamente aos textos a partir de suas próprias opiniões prévias, mas examiná-las quanto à legitimação, ou seja, quanto à origem e validade, nos diz Gadamer:

¹⁶⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 167.

¹⁶⁹ Aquele que "compreende" um texto, ou uma lei, acentua Gadamer, "não apenas se projeta, no esforço da compreensão, em direção a um significado, mas adquire pela compreensão uma nova liberdade de espírito", o que implica novas e diversas possibilidades, tais como interpretar um texto, visualizar as relações que nele se encontram dissimuladas, tirar dele conclusões, de modo que "realizar uma compreensão é fazer de suas próprias possibilidades um projeto", confirmando a história lexicográfica da palavra alemã *Verstehen* tal resultado, já que seu significado primitivo parece estar relacionado ao uso na antiga linguagem jurídica, em que "*eine causa verstehen*" (compreender uma causa) era empregado no sentido de "defender uma causa perante um tribunal", sendo a evolução de seu uso para o atual explicável pelo fato de que defender uma causa quer dizer, necessariamente, "fazer dela a sua própria causa", de modo a não perder a firmeza perante qualquer argumento que possa ser apresentado pelo adverso. In: GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O Problema da Consciência Histórica**, p. 41-2.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 356.

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais. [...] São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.¹⁷¹

O interesse histórico volta-se, secundariamente, aos efeitos dos fenômenos históricos na própria história, sendo importante realizar tal questionamento quando se busca o real significado de uma obra ou tradição, exigência imposta a partir da reflexão da consciência histórica. Os efeitos da história efetual¹⁷² fazem-se presentes quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica, que, por sua vez, determina nossa situação hermenêutica como um todo. Devemos, portanto, conhecermo-nos melhor, reconhecendo que os efeitos da história efetual atuam em toda a compreensão, ainda que não estejamos conscientes disso. Se negarmos tal fato, por uma ingênua fé metodológica, o conhecimento pode ser deformado. Portanto, “a consciência histórico-efetual é um momento da realização da própria compreensão [...] é em primeiro lugar consciência da situação

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 358-9.

¹⁷² Grondin anota que, desde o século XIX, no âmbito das ciências literárias, a história efetual vem sendo compreendida como “o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções”, deixando claro que as obras, de acordo com a época específica, despertam diferentes interpretações. Assim, a consciência da história efetual, que deve ser desenvolvida, harmoniza-se com a máxima da observação da própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal. Para Gadamer, continua Grondin, ela é, contudo, algo fundamental, “princípio” do qual decorre quase toda a hermenêutica gadameriana, e que expressa a exigência da conscientização da própria situação hermenêutica, para que possa ser controlada. “Nós estamos mais submissos a ela, do que disso podemos ter consciência. Em toda a parte onde nós compreendemos, a história efetual está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente, até a clareza definitiva daquilo que pode parecer-nos significativo e questionável. Desta forma, a história efetual obtém a função de uma instância basilar para cada compreensão, a partir da qual toda a compreensão continua determinada, evidentemente também ali onde ela não quer admiti-lo”. In: GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 190-1.

hermenêutica”¹⁷³, tarefa que se reveste de dificuldade, já que não nos encontramos diante dela, estamos nela, de modo que sua elucidação não pode ser realizada plenamente, o que faz parte de nossa própria essência histórica, pois ser histórico significa não se esgotar nunca no “saber-se”.¹⁷⁴

Falamos de horizontes no âmbito da compreensão histórica, em especial, no que tange à pretensão de uma consciência histórica de ver o passado a partir do próprio horizonte histórico, livre dos padrões e preconceitos contemporâneos. Um horizonte histórico é necessário à compreensão de uma tradição. O horizonte, entretanto, não é fechado; do mesmo modo que cada um não é um indivíduo solitário, por estar sempre se compreendendo com os outros, o horizonte é onde trilhamos nosso caminho e que, juntamente conosco, faz o caminho, movendo-se de acordo com os passos daquele que nele caminha, estando também o horizonte do passado, apresentado sob a forma de tradição, sempre em movimento.¹⁷⁵

Ao transportarmos nossa consciência histórica a horizontes históricos, mundos estranhos ao nosso e também o nosso mundo formam juntos um grande horizonte, único, abrangendo tudo o que a consciência histórica contém em si, para além das fronteiras do presente. O horizonte do presente, por sua vez, apresenta-se em constante transformação, não sendo formado à margem do passado, de modo que não existe por si mesmo, como não existem horizontes históricos a serem conquistados, pois

[...] compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. [...] Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 398-9. Sublinha o autor que o conceito de horizonte pertence ao conceito de situação, sendo horizonte “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”, de modo que quem não tem um horizonte, não vê longe, supervaloriza o que está próximo; do contrário, aquele que tem horizontes valoriza de modo correto o significado das coisas que pertencem ao horizonte: aquelas que estão distantes ou próximas; as grandes e as pequenas, significando a elaboração da situação hermenêutica “a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição”, em que “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos” (Idem, p. 399-400, 403).

¹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 397-9.

¹⁷⁵ Idem, p. 400-2.

dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é [...] senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. [...] O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão [...] na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a vigília da consciência histórico-efetual.¹⁷⁶

Daí ser a aplicação, na compreensão, o essencial. Seguindo a intuição heideggeriana, pela qual compreender é sempre um compreender-se, em que se inclui um encontrar-se consigo mesmo, ou seja, ao compreendermos, levamos a nós mesmos para dentro da atividade compreensiva, a hermenêutica gadameriana assenta que a aplicação e a compreensão são atividades coincidentes, o que bem pode ser observado no exemplo da não-compreensão, em que, quando não entendemos um texto, ele não nos “diz nada”. Assim, compreensão não é apenas uma conduta reprodutiva, mas, implicando aplicação, é produtiva.¹⁷⁷

Os três momentos, da compreensão, da interpretação e da aplicação, em que era dividido o problema hermenêutico na antiga tradição, constituem, verdadeiramente, um processo unitário, sendo a aplicação tão essencial e parte do processo hermenêutico como os dois primeiros, restando claro, em Gadamer, que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão [...] compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.¹⁷⁸

Daí se dizer, com Streck, que não compreendemos porque interpretamos, mas, de fato, interpretamos porque compreendemos. O que chamamos de “fundamentação” é resultado do modo-de-ser-no-mundo do intérprete (ou no nosso caso, do juiz), que o conduz à determinada compreensão (e decisão), sendo (a

¹⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 402-5.

¹⁷⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 193.

¹⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 406-7.

fundamentação) anterior ao “ato explicativo”, constituindo o processo de compreensão a própria condição de possibilidade da interpretação. Não há dualidade metodológica entre “explicar” (ou fundamentar) e “compreender”; não é possível desdobrar a interpretação em duas fases, decisão e fundamentação, muito menos em três, como na hermenêutica clássica (compreensão, interpretação e aplicação), pois uma faz parte da outra (teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico). Assim,

[...] a compreensão antecede a qualquer interpretação, o que significa dizer, com todas as letras, que não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas, antes, é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo, que funciona como uma elaboração (explicitação) do que (já) foi compreendido. Só interpretamos quando e porque compreendemos algo antes [...] no caso da decisão judicial, o “fundamento” é condição de possibilidade da decisão tomada. Isso ocorre desse modo porque há um sentido que é antecipado (*Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff*) ao intérprete, onde a decisão é parte inexorável (dependente) desse “fundamento”.¹⁷⁹

Outrossim, o trabalho do intérprete não se limita à reprodução do que diz o interlocutor por ele interpretado, devendo fazer valer a opinião deste do modo que lhe parece necessário, partindo da situação real em que se trava a conversa, em que o primeiro se encontra como quem conhece as duas línguas em jogo. Na compreensão adequada de um texto, o ato compreensivo é realizado de um modo novo e diferente a cada instante, a cada situação concreta que se apresente. A compreensão é, assim, menos um método, e mais um processo, que pressupõe sua inserção em um acontecer da tradição. Ela é sempre também um aplicar.¹⁸⁰

A hermenêutica da aplicação obedece à dialética da pergunta e da resposta, pois ao se converter em objeto de interpretação, o texto coloca uma pergunta ao intérprete, em que compreender o texto é compreender a pergunta, ou o que foi dito em resposta à pergunta, o que ocorre quando se conquista o horizonte

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 228-9.

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 407-8.

hermenêutico, o horizonte do perguntar. “Assim, o sentido de uma frase é relativo à pergunta a que ela responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que é dito nela”¹⁸¹.

Quando entendemos um texto do passado, traduzimo-lo para nossa situação presente, escutando no texto uma resposta às perguntas de nossa época, em que a verdade, a abertura de sentido (aletéia), ocorre no transcurso da aplicação histórico-efetual. A compreensão é considerada como introdução em um acontecimento da tradição, sendo a história efetual mais ser do que consciência, em que nós mais pertencemos à história do que ela a nós pertenceria. A compreensão é, portanto, uma continuação de um diálogo, que teve início antes mesmo de nós, e ao qual, dentro de determinada interpretação, damos continuidade, em que “assumimos e modificamos, por novos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e do seu presente em nós”.¹⁸² A dialética da pergunta e da resposta, à qual se sujeita a hermenêutica da aplicação, quer dizer que na compreensão, algo é aplicado a nós, ou seja, descobrimos aí uma resposta aos nossos questionamentos, ou seja,

Cada compreensão, vista como auto-compreensão, é motivada e inquietada por perguntas que determinam, de antemão, as trilhas visuais da compreensão. Um texto só se torna falante, graças às perguntas que nós hoje lhe dirigimos. Não existe nenhuma interpretação, nenhuma compreensão, que não respondesse a determinadas interrogações que anseiam por orientação.[...] Assim acontece a compreensão como concretização histórico-efetual da dialética entre pergunta e resposta.¹⁸³

Portanto, é o íntimo liame entre perguntar e compreender que dá à experiência hermenêutica sua real dimensão, pois quem almeja compreender, pode suspender a verdade do que está pensando, sendo este “por em suspenso” a essência original do perguntar, o qual possibilita visualizar as possibilidades suspensas. Aquele que quer pensar, deve perguntar. Esta é a razão por que a compreensão não se limita à reprodução da opinião alheia, pois ao perguntar,

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 482.

¹⁸² GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**, p. 194-5.

¹⁸³ Idem, *ibidem*.

abrem-se possibilidades de sentido, passando o que tem sentido à opinião pessoal. "Compreender uma pergunta significa colocar essa pergunta. Compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta."¹⁸⁴

Verifica-se, pois, que não é a partir de um método conscientemente empregado pelo intérprete que a problemática circular se resolve, porquanto há de se considerar a essência ontológica do homem, sua historicidade e temporalidade, determinantes de toda a relação de conhecimento, sendo o contato do homem com as coisas que o cercam e ele próprio sempre mediado por uma pré-compreensão, em que "o sentido autêntico é fruto de um adequado confronto das coisas que aparecem ao homem e sua pré-compreensão".¹⁸⁵

Há de se salientar que a hermenêutica jurídica, na acepção de Gadamer, não é um caso excepcional; entretanto, para que esta seja possível, é mister que todos os membros da comunidade jurídica estejam vinculados à lei, inclusive os detentores do poder, subsistindo a tarefa da compreensão e da interpretação onde a regra estabelecida tenha valor vinculante e irrevogável. Assim,

a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo com que estamos às voltas [...]. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a jurisprudência e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado [...]. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita,

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 488-9.

¹⁸⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. "O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual e o Problema do Homem Médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica". In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.) "Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica." **Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 74-6.

sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.¹⁸⁶

Sob o prisma da hermenêutica jurídica de cunho gadameriano, percebe-se que a doutrina jurídica tradicional ainda está imersa no pensamento metafísico, inserido na filosofia da consciência, em que não se percebe a diferença ontológica entre ser e ente, texto e norma, vigência e validade¹⁸⁷, fundando-se em métodos de interpretação, que não encontram terreno fértil a partir do *linguist turn* e da filosofia da linguagem.

Faz-se necessário, portanto, superar a crise paradigmática, construindo um novo conceito de interpretação/hermenêutica, que passa a ser vista como produtora de sentido, e não meramente reprodutora, a fim de que possa ser concretizado o Estado Democrático de Direito, preconizado pela Constituição Federal.¹⁸⁸

A “nova crítica do Direito” streckiana, descrita pelo autor como um processo de desconstrução da metafísica que vigora no pensamento dogmático jurídico (sentido comum teórico) - corruptor da atividade interpretativa, fazendo predominar o método, o dispositivo, a tecnicização e a especialização, redundando em uma cultura estandardizada - busca, através da análise fenomenológica, o des-velamento daquilo que ocultamos de nós mesmos no comportamento cotidiano:

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 431-3.

¹⁸⁷ Streck ressalta que o resultado da corrente ausência distintiva entre ser e ente revela a mesma confusão originada da questão envolvendo o texto e a norma, que, no entanto, não têm existência autônoma. Assim como não podem ser separados, tampouco há equivalência entre ambos. A norma é fruto “da construção hermenêutica do sentido do texto”, evidenciado por sua aplicação. Esta, por sua vez, não significa que ao adequar a lei às peculiaridades do fato concreto estar-se-á realizando uma interpretação arbitrária, uma vez que limitada pelo “constitucionalismo que coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista”. Dita equiparação, bem como a de vigência e validade, suprime o tempo do direito, tornando a doutrina e a jurisprudência reféns do pensamento metafísico. In: STRECK, Lenio Luiz. “A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)Constitucionalismo. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.) “Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.” **Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 166-8.

¹⁸⁸ Para Streck, a ruptura paradigmática passa pela *des-objetificação* da Constituição, que “somente será possível a partir da superação do paradigma metafísico que pré-domina o imaginário dos juristas. Essa superação implica um perguntar pelo sentido do constitucionalismo e do seu papel histórico-social que lhe foi destinado na quadra do tempo”, consistindo nesse o desafio hermenêutico: “abrir uma clareira (*Lichtung*) no direito, des-ocultar caminhos, descobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo...!”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 183.

o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade [...] sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsich*) e um pré-conceito (*Vorgriff*) [...]¹⁸⁹

É necessário, pois, abandonarmos a “fetichização” do discurso jurídico do senso comum teórico, rompendo com o paradigma da filosofia da linguagem, reconhecendo que não há um sentido único a ser “descoberto” pelo intérprete, mas que as palavras da lei são plurívocas¹⁹⁰, e que o juiz irá criar (compreender-interpretar-aplicar) o sentido que mais se coaduna aos interesses teóricos e políticos, em que a Constituição Federal serve como diretriz, fundamento, que faz parte do modo-de-ser-no mundo do intérprete.

A linguagem não mais pode ser vista como instrumento ou terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas como condição de possibilidade, constituidora do saber, a totalidade, a casa do ser.

Nesse cenário, o Direito é um problema lingüístico, em que a condição de ser-no-mundo do intérprete é que irá determinar o sentido do texto, jamais os métodos, que servem para encobrir o compromisso ideológico das soluções a que se propõe a alcançar.

¹⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 215-6.

¹⁹⁰ Segundo WARAT, um termo possui dois níveis de significação, *significado de base* e *significado contextual*, sendo o primeiro aquele que reconhecemos no plano teórico, com abstração da significação contextual, e o segundo, o efeito de sentido decorrente dos processos efetivos da comunicação social. A conclusão da diferenciação é a da inexistência de univocidade dos textos jurídicos, que pressupõe prévia coincidência ideológica, sendo a univocidade mera ilusão. In: WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**, p. 67-8.

CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1.1 Escorço histórico

Da perspectiva histórica, é habitual a divisão do processo de desenvolvimento da idéia dos direitos fundamentais em duas épocas: antes da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) e da Declaração Francesa (1789) - período marcado por uma "cegueira" no que tange à idéia dos direitos do homem - e depois de tais documentos, em que se passou a "constitucionalizar" e "positivar" os direitos do homem nas constituições.¹⁹¹

Porém, é do mundo antigo, da religião e da filosofia, que provém o legado de idéias que influenciaram o pensamento jusnaturalista, e a concepção de que o ser humano, pela simples razão de existir, é titular de determinados direitos naturais e inalienáveis, daí decorrendo os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens, cujas raízes remontam à filosofia clássica e ao pensamento cristão.¹⁹²

Da Bíblia, no Antigo Testamento, extrai-se a noção da criação humana à imagem e semelhança divinas, sendo o homem o "ponto culminante da criação", provindo do Talmud a visão da unidade do gênero humano, em que as Leis de Noé são um direito comum a todos, a aliança de Deus com a humanidade, conceito próximo do jus naturae et gentium, vindo a inspirar os ensinamentos cristãos, uma das fontes das Declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa.¹⁹³

¹⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 378.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

¹⁹³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 119.

Na Idade Média, ressalta-se o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da concepção cristã de igualdade, trouxe a noção de direito natural e direito positivo como duas ordens distintas, em que o primeiro expressava a natureza racional do homem, e sua violação, pelo soberano, justificaria, em casos extremos, até mesmo o direito à resistência popular.¹⁹⁴

Por sua vez, o nominalismo de Guilherme de Ockam substituiu a preocupação aristotélica com o geral pelas individualidades, pregando serem reais apenas as singularidades designadas por nomes próprios, em que o mundo é um agregado de individualidades isoladas, daí derivando o ponto de vista do particular, e o desenvolvimento do conceito de *direito subjetivo* (como poder de agir atribuído ao indivíduo), verdadeira “palavra-chave” do Direito Moderno, e representante, ao lado dos direitos dos homens e da personalidade, do individualismo.¹⁹⁵

Entre os séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista atinge seu apogeu, especialmente, através das teorias contratualistas, ao mesmo tempo em que o direito natural é submetido a uma “laicização”, tendo seu auge no iluminismo, de inspiração racionalista, dando-se destaque ao humanismo racionalista do holandês H. Grócio (1583-1645), acompanhado do alemão Samuel Pufendorf (1632-1694), e dos ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679), em que Milton reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, dentre os quais, de tolerância religiosa, de liberdade de manifestação oral, e de imprensa, além da supressão da censura.¹⁹⁶

Hobbes, por sua vez, chegou ao Leviathan (1651), desenvolvendo a idéia de que os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, abandonam aqueles direitos e

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 45.

¹⁹⁵ Sinala-se que individualismo, no texto, é usado em sua concepção mais ampla, ou seja, de acordo com as correntes de pensamento que vêem o indivíduo, em sua subjetividade, como o dado fundamental da realidade, e que marcou, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a superação da concepção hierárquica de sociedade, em que a igualdade apenas se dava no momento da morte, e o direito subjetivo correspondia à noção de privilégio. In: LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 120-1.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 45-6.

liberdades naturais, que lhes são inerentes, em favor do soberano absoluto, o qual lhes dá, em troca, sua proteção.¹⁹⁷

A Reforma Protestante assinalou a presença do individualismo no campo da salvação, rompendo com a concepção hierárquica de vida no plano religioso, trazendo a preocupação de sucesso no mundo como sinal da salvação individual, donde derivou o primeiro direito individual reivindicado: o da liberdade de opção religiosa, sendo outra consequência do movimento a laicização do direito natural e o apelo à razão como fundamento do Direito (aceitável por todos, comum aos homens independentemente de suas crenças religiosas), daí surgindo a reivindicação da liberdade de pensamento e de opinião.¹⁹⁸

Igualmente, de grande importância o pensamento de Lord Edward Coke (1552-1634), influenciando a discussão acerca da *Petition of Rights* de 1628, sustentando a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, em especial, contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito à propriedade, vindo a inspirar a clássica tríade “vida-liberdade-propriedade”, incorporada ao pensamento individualista burguês.¹⁹⁹

Todavia, foi John Locke (1632-1704) que reagiu contra o processo de absolutização, pelo qual a nobreza continuava a deter posições privilegiadas e a burguesia sentia-se marginalizada, sem liberdade política, vindo a ser um dos principais incentivos na busca dos direitos do homem.²⁰⁰

Locke foi o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível aos detentores do poder, porém, limitada aos cidadãos-proprietários, aprofundando a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 382.

¹⁹⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 121.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 46.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 382.

sociedade de acordo com sua razão e vontade, pondo as bases do pensamento individualista e jusnatural-iluminista do século XVIII.²⁰¹

Há, desse modo, uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios inspiradores da tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo, consoante Lafer, pois subjacente à passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, estava a preocupação individualista em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em face do indivíduo, a fim de garantir liberdade às individualidades, o que resultou da divisão dos poderes de Montesquieu, cujas raízes remontam à teoria do governo misto, associada a uma declaração de direitos, ambas a serem expressas em um texto escrito, denominado de Constituição, assim professado no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.²⁰²

Com Jean Jacques Rousseau (1712-1778) na França, Tomas Paine (1737-1809) na América, e Emmanuel Kant (1724-1804) na Alemanha, o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais dos indivíduos culminou, sendo, contudo, o pensamento kantiano o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos.²⁰³

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos foi acompanhado de uma progressiva positivação de direitos, liberdades e deveres individuais, considerados os antecedentes dos direitos fundamentais²⁰⁴, e, nesse aspecto, merecem destaque as cartas de franquias medievais, dadas pelos reis aos vassallos, sendo a mais célebre a *Magna Charta Libertatum* de 1215, que, muito embora não contivesse direitos fundamentais, mas direitos estamentais - aproveitando apenas a

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 46. Canotilho observa que a concepção individualista-possessiva de Locke é que vai influenciar a teoria liberal dos direitos fundamentais, que os considera como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, o qual deve se abster de interferir na autonomia privada (modelo econômico dos direitos à liberdade), correspondendo os direitos individuais à autodeterminação do indivíduo de dispor livremente sobre sua pessoa e bens. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 382.

²⁰² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 122-3.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 47.

certos estratos sociais - quatro séculos depois, com a extensão do conceito de homem livre a todos os ingleses, alcançou uma dimensão mais geral, influenciando na transformação dos direitos corporativos em direito de todos.²⁰⁵

Todavia, é entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789) que se situa o dissídio doutrinário acerca da "paternidade" dos direitos fundamentais, sendo a primeira, segundo Sarlet, que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, não se olvidando, entretanto, da vital importância do segundo documento, que provocou a queda do antigo regime e instaurou a ordem burguesa na França, com contribuição decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX, ambas com profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo a todos os homens direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, exercendo influência recíproca.²⁰⁶

2.1.2 Direitos Fundamentais, Estado e Constituição. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais.

Há um inquestionável nexos entre Direito e sociedade, bem como entre o florescimento dos direitos fundamentais e a noção que se tem de Estado, o que bem transparece da observação de Sarlet:

[...] os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas

²⁰⁴ Idem, p. 48.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 380-1. Sarlet realça que o documento, o qual, de início, apenas serviu para garantir aos nobres ingleses privilégios feudais, foi o ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, consubstanciando o artigo 39 da Magna Carta na própria origem dos direitos fundamentais, à vista da garantia à liberdade de locomoção e da proteção contra a prisão arbitrária, constituindo pressuposto ao exercício das demais liberdades, inclusive, de culto e de religião, a qual, na tese de Georg Jellinek, corresponderia ao primeiro direito fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 48-9.

²⁰⁶ Idem, p. 50-2.

parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.²⁰⁷

É apenas no âmbito de um Estado constitucional, em que haja uma atividade juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, que os direitos fundamentais poderão aspirar à eficácia, e onde passam a se revelar, a par da função tradicional de limitar o poder, como meios legitimadores do poder estatal, elementos integrantes do sistema axiológico, que atuam como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.²⁰⁸

Por sua vez, na definição de Lopes, o realce é dado à conexão entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, conferindo legitimidade a todo o sistema, definindo aqueles como “[...] os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional, que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.”²⁰⁹

Ao falar da distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Sarlet comenta que os segundos aplicam-se “[...] para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”²¹⁰, em que se extrai a positivação constitucional como caráter distintivo.

Segundo uma concepção jusnaturalista-universalista, os direitos do homem são válidos para todos os povos, em todos os tempos, derivando da própria natureza humana, o que os dota de inviolabilidade, atemporalidade e universalidade, ao passo que os direitos fundamentais exigem a garantia jurídico-institucional, limitada no tempo e no espaço.²¹¹

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 67-8.

²⁰⁸ Idem, p. 68-9.

²⁰⁹ LOPES, Ana Maria D’ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 35-6.

²¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 391.

O surgimento dos direitos fundamentais coincidiu com o do Estado Constitucional²¹², no século XIX, decorrente da evolução da sociedade, resultado do desenvolvimento da teoria dos direitos do homem, originada do iluminismo e jusnaturalismo²¹³, que exaltou as liberdades e os valores individuais²¹⁴ em detrimento dos sociais, na visão antropocêntrica consentânea ao Estado Liberal.

Os séculos XVI a XVIII traduziram período de intensa transformação, em que as estruturas do medievo cederam espaço ao mundo moderno, marcado na área social e econômica pelo surgimento da burguesia, em que a fé e a religião não mais representavam limite ao poder e aos direitos do homem, surgindo o Estado como poder racional, centralizado, burocrático e monopolizador do uso legítimo da força, identificado pela soberania, ao passo que o Direito tornou-se instrumento para extirpar os poderes anteriormente vigentes.²¹⁵

A teoria dos direitos humanos surgia, então, como meio limitador ao poder do Estado, daí advindo a importância da perspectiva histórica, pois além de a história

²¹² Para Canotilho, o Estado somente é concebível hoje como **Estado constitucional**, inicialmente justificado pelo constitucionalismo apenas como Estado de direito, regido por leis e sem confusão de poderes, e atualmente identificado como **Estado de direito democrático**, em que estas duas qualidades – democracia e Estado de direito – devem estar ligadas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 92-3.

²¹³ Segundo Norberto Bobbio, "a doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual [...] partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. [...] A hipótese do estado de natureza – enquanto estado pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social – era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar determinadas exigências que iam se ampliando cada vez mais [...]. O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados." In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 73-4.

²¹⁴ Norberto Bobbio refere que a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e do Estado, na qual primeiro vem o indivíduo singular, e depois o Estado, pois este é feito por aquele e não o contrário; na relação direito/dever, relativamente aos indivíduos, primeiro vêm os direitos e depois os deveres, enquanto para o Estado, os deveres antecedem os direitos. A finalidade do Estado é o crescimento do indivíduo, o mais possível livre dos condicionamentos externos, e justo é que cada um seja tratado de modo a satisfazer suas necessidades e atingir seus fins, especialmente, a felicidade. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 59-60.

²¹⁵ LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**, p. 51-2.

dos direitos fundamentais desembocar no surgimento do Estado constitucional, confunde-se ela com a história da própria limitação do poder.²¹⁶

Em virtude da falta de eficácia das declarações dos direitos do homem, proclamadas a partir do século XVII, sentiu-se a necessidade de que fossem positivados e, assim, garantida sua proteção.

O local adequado a esta positivação jurídica é a constituição, conforme Canotilho:

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulso, ou, até, por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtssnormen). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villaron: 'onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais.[...]' Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivam conseqüências jurídicas.²¹⁷

O processo de positivação dos direitos fundamentais teve seus primórdios no período em que se afirmava o Estado de Direito, em sua conotação liberal, percebendo-se a nítida relação entre as diversas etapas de sua concretização e a transformação estatal, ladeada pela mutação histórica sentida nos próprios direitos fundamentais, originando as diversas gerações ou dimensões²¹⁸ destes direitos.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 42, fazendo referência a K. Stern.

²¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 375.

²¹⁸ Sarlet prefere esta denominação, endossando as críticas feitas ao termo "gerações", que poderia dar a impressão de substituição gradativa dos direitos ao longo do tempo, quando, pelo contrário, o reconhecimento progressivo de novos direitos tem caráter cumulativo, de complementaridade e não de alternância. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 49. Do mesmo entendimento, compartilha Bonavides, embora empregue no texto a já consagrada expressão, alertando que não deve induzir a supor a caducidade dos direitos das gerações precedentes, pois as três gerações freqüentemente citadas formam espécie de pirâmide, em que o ápice é o direito à democracia. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 571-2.

Assim, os direitos da **primeira geração**, nascidos atrelados à concepção do Estado liberal, foram os primeiros a serem positivados, identificados como direitos da liberdade, direitos civis e políticos, neles incluídos o direito à vida, à propriedade, à segurança e à igualdade formal, de nítido cunho individualista e negativo, com os quais o indivíduo se defende do Estado, sendo “[...] direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”²¹⁹

Posteriormente, são complementados por um leque de liberdades, aqui incluídas as liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.), e pelos direitos de participação política, como do direito ao voto e a capacidade eleitoral passiva, a revelar a íntima conexão entre direitos fundamentais e democracia.²²⁰

Os direitos humanos de primeira geração, para Lafer, são aqueles contemplados na Declaração da Virgínia e na Declaração Francesa, baseando-se em uma clara demarcação entre Estado e não-Estado, vistos como direitos naturais (precedentes ao contrato social) e individuais quanto ao modo de exercício e quanto ao sujeito passivo do direito, posteriormente complementados, na evolução do liberalismo, pelos direitos individuais exercidos coletivamente.²²¹

Por sua vez, os direitos de **segunda geração** tiveram surgimento paralelo ao processo de socialização do Estado, decorrente do desenvolvimento da industrialização e dos diversos problemas sociais e econômicos que se seguiram. Constatou-se que a liberdade e igualdade formais não eram suficientes à concretização da almejada justiça social²²², daí derivando novas ideologias, contrárias ao liberalismo, tais como o marxismo e a social-democracia.

Eles são “direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”, tendo como sujeito passivo o Estado, e sujeito ativo o homem em sua individualidade,

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 564.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 55.

²²¹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 126-7.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 55-6.

havendo uma complementaridade entre os direitos de primeira e segunda geração, uma vez que estes procuram assegurar as condições para o pleno exercício daqueles, tornando *reais* os direitos *formais*, garantindo a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho em um sentido amplo, impedindo a invasão do todo em relação ao indivíduo.²²³

São eles, portanto, os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos, de que são exemplo os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à cultura, ao lazer, e que têm, contrariamente aos direitos de primeira geração, uma dimensão positiva, não mais se cuidando de “[...] liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.²²⁴

A proteção destes novos direitos requer intervenção ativa do ente estatal, diferentemente dos direitos de liberdade, cujo nascedouro objetivou limitar o “*superpoder*” do Estado, exigindo os primeiros, para sua concretização, verdadeira ampliação dos poderes estatais.

A par dos direitos positivos, de cunho prestacional, inserem-se também nesta categoria as chamadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização, direito de greve e direitos fundamentais trabalhistas.²²⁵

A alteração da consciência individualista para a social, que marcou o homem na época, é bem apanhada por Bonavides:

os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos

²²³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 127-8.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 55-6.

²²⁵ Idem, p. 56.

valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.²²⁶

A crescente massificação social, o impacto tecnológico, o estado de beligerância, e o processo de descolonização posterior à II Guerra Mundial, dentre outros fatores, conduziram a novas reivindicações fundamentais, fazendo surgir os direitos da **terceira geração**, chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção dos grupos humanos, cuja titularidade é difusa ou coletiva, e, na maior parte das vezes, indefinida e indeterminável, reclamando novas técnicas de garantia e proteção.²²⁷

Os exemplos comumente referidos são o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, ao patrimônio da humanidade, ao desenvolvimento, além dos direitos vinculados ao progresso das ciências biológicas, como o da não manipulação genética.

Tais direitos, em sua grande parte, ainda não tiveram positivação constitucional, em que pese o gradual reconhecimento na esfera internacional, o que conduziu Bobbio a considerá-los, juntamente com os de quarta geração, como “[...] expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza.”²²⁸

A **quarta geração**, portanto, pendente de positivação, e até mesmo de reconhecimento por boa parte da doutrina, insere-se no momento atual de globalização econômica do neoliberalismo, em que se ruma para a dissolução do Estado nacional, a soberania está enfraquecida e doutrina-se uma falsa despolitização social, cujo desígnio é o de perpetuar o *status quo* de dominação das hegemonias supranacionais.²²⁹

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 565.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 57.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 9.

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 571.

Nessa seara, identificam-se o direito à democracia, o direito à informação, o direito ao pluralismo, dos quais depende a “concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade”, produto da globalização política dos direitos fundamentais, como modo de obter a humanização e legitimidade deste conceito.²³⁰

O direito à democracia de que se fala é sentido como democracia direta, cujos avanços tecnológicos de comunicação a tornam possível materialmente, em que a informação é correta e imune à mídia que manipula, em um sistema pluralista, no qual o Homem é “a presença moral da cidadania”, “a constante axiológica”, “a corrente de convergência de todos os interesses do sistema”, e o cidadão estará legitimado a fiscalizar a constitucionalidade dos direitos proclamados, viabilizando a globalização política.²³¹

É bem certo que o rol destes direitos está em constante ampliação, decorrência lógica da gradativa complexidade que vêm assumindo as relações sociais.

Nesse ponto, convém destacar o nítido descompasso entre o plano ideal e o real, em que, de um lado, são proclamados direitos fundamentais e justificado o seu reconhecimento, e, de outro, deve ser garantida sua proteção efetiva.

É de Bobbio a advertência de que “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”²³², crescendo em relevância a questão da aplicação das normas jurídicas, ressaltando o autor a intensa defasagem entre a posição da norma e a efetiva aplicação, em especial, no campo dos direitos do homem, mormente os sociais.²³³

É com o fito de minimizar referida defasagem e implementar os direitos fundamentais, em um Estado democrático de direito, que não tenha conteúdo

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 571.

²³¹ Idem, p. 571-2.

²³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 63.

²³³ Idem, p. 77.

meramente formal, em que a igualdade perante a lei e de oportunidades possa se desenvolver em um ambiente de liberdade real, assegurada a efetiva participação do cidadão, que se revela o importante papel criativo do Judiciário, cuja atuação não poderá perder de vista este norte.

2.1.3 Classificação dos Direitos Fundamentais

A constatação de que os direitos fundamentais traduzem uma dupla perspectiva, podendo ser considerados tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, segundo Sarlet, constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, em que pese no direito pátrio a perspectiva objetiva não ter sido objeto de estudos mais profundos.²³⁴

Ela foi desenvolvida a partir da idéia de que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, cujos efeitos são irradiados em todo o ordenamento jurídico, além de servir de parâmetro aos três poderes.²³⁵

Na dimensão subjetiva, o fundamento relaciona-se à relevância da norma consagradora de direito fundamental ao indivíduo, aos seus interesses, sua situação de vida, ao desenvolvimento da sua personalidade, para a sua liberdade, ao passo que a fundamentação objetiva tem em vista seu significado para a comunidade, para o interesse público e coletivo.²³⁶

Esta dupla perspectiva revela que os direitos fundamentais exercem diversas funções na ordem jurídica, sendo sustentada pela doutrina a tese de sua "multifuncionalidade", em que são relacionadas doze funções típicas (direitos de defesa; direitos de participação; garantias institucionais; garantias procedimentais;

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 155.

²³⁵ Idem, p. 157.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1240-41.

direitos fundamentais como ordem de valores; direitos fundamentais como normas objetivas; direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; direitos fundamentais como normas de conduta social; direitos fundamentais como fundamentos de deveres de proteção do Estado; direitos fundamentais negativos ou deveres fundamentais; função legitimadora dos direitos fundamentais; função pacificadora e de parâmetro de justiça), cuja origem remonta à doutrina dos quatro *status* de Giorgio Jellinek, que, apesar de elaborada no século passado, até hoje serve de referência para a classificação dos direitos fundamentais.²³⁷

Quatro são os “*status*” descritos por Jellinek: o passivo ou “*status subiectionis*”, o negativo ou “*status libertatis*”, o positivo ou “*status civitatis*”, e o ativo ou *status* da cidadania ativa, sendo o *status* uma relação do indivíduo com o Estado, configurando uma situação, que se distingue de um direito, pois em seu conteúdo, encontra-se o “ser” jurídico, e não o “ter” jurídico de uma pessoa.²³⁸

No *status* passivo, ou *status subiectionis*, o indivíduo encontra-se na esfera do dever individual, subordinado ao Estado, o qual tem competência para ditar mandamentos e proibições que lhe afetem; o *status* negativo, por sua vez, consiste em uma esfera de liberdade individual, classe de ações individuais juridicamente irrelevantes ou indiferentes ao Estado²³⁹, que não estão nem ordenadas nem proibidas, ou seja, tanto a sua efetivação como a abstenção estão permitidas, de modo que o *status* passivo e o negativo encontram-se em relação de contradição recíproca, representando o âmbito de liberdades e de obrigações individuais, respectivamente; no *status* positivo ou *status civitatis*, encontra-se o indivíduo com capacidade jurídica para reclamar para si o poder estatal, através do que Jellinek denomina de “pretensões jurídicas positivas formais”, ou seja, quando o Estado lhe garante pretensões à sua atividade, disponibilizando meios jurídicos à sua realização

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 170-1.

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 248.

²³⁹ Alexy chama a atenção para que não se confunda a irrelevância jurídica jellinekiana com a irrelevância fática. Exemplifica com a participação na vida política, que, embora faticamente relevante em um Estado democrático, poderá ser juridicamente irrelevante, se for permitido dela participar assim como não fazê-lo. In: ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 252.

doutrinariamente ao longo dos tempos, adaptadas às funções atribuídas hodiernamente aos direitos fundamentais, não mais correspondendo ao ambiente em que foram desenvolvidas. Desse modo, além da releitura do *status negativo*, sugerida por Alexy, o *status* ativo foi alargado, passando a ser composto do *status activos processualis*, sugerido por Peter Häberle, relacionado à dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, reconhecendo-se, ademais, o *status positivus socialis*, consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional, e outras funções decorrentes da perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.²⁴⁴

A partir da teoria de Jellinek, classificam-se os direitos fundamentais em direitos de defesa ou de liberdade, objetivando a expansão da personalidade sem a interferência do Estado; direitos cívicos ou direitos a prestações, que têm por escopo prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade em conjunto, no interesse dos cidadãos; e direitos políticos ou de participação, visando à interferência dos indivíduos na atividade estatal, correspondendo, portanto, aos *status* negativo, positivo e ativo.²⁴⁵

A proposta de Alexy é de que a teoria dos *status* seja fundamentada em uma teoria das posições jurídicas fundamentais, fazendo uma divisão tríplice das posições designadas como direitos, em: direitos a algo, subdividindo-se em direitos a ações negativas ou direitos de defesa (direitos ao não impedimento de ações; direitos à não afetação de propriedades de situações; direitos à não eliminação de posições jurídicas) e direitos a ações positivas (ações positivas fáticas e ações positivas normativas); liberdades e competências.²⁴⁶

A existência de uma tendência à adoção de classificações atreladas ao critério funcional, em que os direitos fundamentais são divididos em dois grandes grupos, direitos de defesa e direitos a prestações é observada por Sarlet, que, a

²⁴³ Idem, p. 262-3.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 174.

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais, p. 89. Registra-se que este autor utiliza apenas as denominações "direitos de liberdade", "direitos cívicos" e "direitos políticos".

partir da análise das diferentes propostas de Alexy, Canotilho, Pereira de Farias e Vieira de Andrade, formula classificação que aproxima os modelos mencionados²⁴⁷, a qual será adotada neste trabalho, por entendermos ser a mais completa, compreensiva das demais.

Assim, os direitos fundamentais são classificados em duas espécies: direitos de defesa e direitos a prestações, subdividindo-se os segundos em direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos prestacionais em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), aplicando-se aos últimos também a distinção entre direitos derivados e direitos originários a prestações.²⁴⁸

Os direitos de defesa ou direitos negativos identificam-se com os direitos de primeira geração, relacionando-se à fase inicial de reconhecimento dos direitos fundamentais, vistos como meio de limitar os poderes do soberano, consistentes em uma esfera de liberdade individual na qual era vedada a interferência estatal, exigindo um dever de abstenção do Estado, estando, na Constituição pátria, prescritos no artigo 5.º, intitulados “dos direitos e deveres individuais e coletivos”.²⁴⁹

É interessante observar que a função defensiva não implica em uma total exclusão estatal, mas que suas intervenções sejam formalizadas e limitadas, vinculando-se a ingerência dos poderes públicos a condições materiais e procedimentais, de modo que a agressão estará caracterizada apenas quando afrontar a Constituição.²⁵⁰

Os direitos de defesa são divididos, conforme Alexy, em direitos ao não impedimento de ações, no qual o ente estatal não poderá impedir ou obstaculizar determinadas ações do titular do direito, como a manifestação de sua fé, a

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 174-240.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 178-83.

²⁴⁸ Idem, p. 184-5.

²⁴⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 104.

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 186.

expressão da opinião, a criação de uma obra de arte ou a educação de seus filhos; direitos à não afetação de propriedades ou de situações do titular do direito, como seu direito de estar vivo e saudável (propriedade), e a inviolabilidade de seu domicílio (situação); direitos à não eliminação de posições jurídicas, sendo o protótipo de uma posição jurídica completa a do proprietário, uma vez que a propriedade requer, para ser praticada na vida jurídica, de uma configuração jurídica que a defina, dentre as quais, normas sobre a criação e finalidade da posição de proprietário, e normas que lhe vinculam conseqüências jurídicas.²⁵¹

Por sua vez, *os direitos fundamentais a prestações* correspondem aos direitos fundamentais de segunda geração, atrelados à evolução do Estado de Direito liberal-burguês ao Estado democrático e social de Direito, visando garantir a liberdade por intermédio do Estado, implicando uma postura ativa deste, que deve disponibilizar aos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).²⁵²

Os direitos a prestações podem variar quanto ao objeto, destinatário e estrutura jurídico-positiva, trazendo conseqüências à eficácia e efetivação, e devem ser tomados em um sentido amplo, não se restringindo aos direitos sociais, mas abrangendo “[...] um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas [...]”.²⁵³

Quanto ao objeto, dividem-se em direitos a prestações jurídicas ou normativas²⁵⁴ e direitos a prestações fáticas ou materiais (direitos prestacionais sociais); em um sentido amplo, abrangem os direitos de proteção, “[...] direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado [...]”²⁵⁵, e os direitos à participação na organização e no procedimento, relacionados ao Estado de Direito, como garantia da liberdade e

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 189-93.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 205.

²⁵³ Idem, p. 207.

²⁵⁴ Para Alexy, estes são direitos a atos estatais de imposição de norma, como, por exemplo, ocorre quando se considera ser o nascituro titular de direitos fundamentais, daí decorrendo o direito de sua proteção por meio de normas na área penal. In: ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 195.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 208.

igualdade; em um sentido estrito, correspondem aos direitos a prestações materiais sociais, vinculados às funções do Estado social.²⁵⁶

Levando-se em conta a dimensão subjetiva dos direitos a prestações, classificam-se, ainda, os direitos prestacionais em *direitos originários* e direitos derivados, em que nos primeiros, a partir da garantia constitucional de certos direitos, é reconhecido, simultaneamente, o dever estatal em criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo destes direitos, e a faculdade do cidadão em exigir, imediatamente, as prestações deles constitutivas, donde se detecta um problema fundamental desta espécie, bem apanhado por Canotilho, ou seja, que a garantia da proteção jurídica pressupõe uma atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, o que conduz boa parte da doutrina a negar sua configuração de verdadeiros direitos.²⁵⁷

Já, os *direitos derivados a prestações* são compreendidos como “[...] direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”²⁵⁸, ficando vedado aos poderes públicos eliminar o núcleo essencial já realizado destes direitos (cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social). Eles surgem a partir da concretização do Estado de suas responsabilidades, garantindo prestações existenciais dos cidadãos, daí resultando, para estes: o direito de igual acesso, obtenção e utilização das instituições públicas criadas pelos poderes públicos e o direito de igual quota-parte ou participação nas prestações fornecidas por ditos serviços à comunidade.²⁵⁹

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 208.

²⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 473. O mestre lusitano chama a atenção para o fato de que a compreensão dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica verdadeira mudança na função dos direitos fundamentais, dando relevo ao problema de sua efetivação, pois tal redundaria em reconhecer a existência de verdadeira “[...] imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação destes direitos [...]”, além de uma interpretação das normas legais em consonância à “constituição social econômica e cultural”, em que a inércia estatal pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão (Idem, p. 474).

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 475.

²⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 474-5.

Na categoria dos direitos a prestações em sentido amplo, que possui natureza residual, referindo-se a todas as posições fundamentais não fáticas (aquelas que não podem ser reportadas à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado social), encontram-se os *direitos à proteção*, direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este lhe proteja contra intervenções de terceiros²⁶⁰, contra ingerências indevidas dos poderes públicos, bem como contra agressões perpetradas por particulares e outros Estados, não se restringindo à vida e à integridade física, mas alcançando a dignidade da pessoa humana de um modo geral, a liberdade, a propriedade, etc., mediante medidas positivas, seja por normas de direito material, procedimental, atos administrativos ou outros atos concretos dos poderes públicos.²⁶¹

Ainda como direitos a prestações em sentido amplo, estão os *direitos fundamentais de participação na organização e procedimento*, espécie de “devido processo dos direitos fundamentais”, denominado por Peter Häberle de *status activus processualis*, acompanhado por Hesse, para quem a organização e o procedimento são, possivelmente, o único meio existente para produzir um resultado em consonância aos direitos fundamentais, assegurando sua eficácia.²⁶²

Poder-se-ia falar, partindo de um conceito amplo de procedimento - que também abrangesse as normas de organização - meramente de “direitos a procedimento” ou “direitos procedimentais”, os quais podem ser tanto direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais, quanto a certa interpretação e aplicação concretas destas normas, estando dirigido ao legislador no primeiro caso, e aos tribunais de justiça no segundo.²⁶³

Sob a expressão “direitos de participação na organização e no procedimento”, no sentir de Sarlet, encontram-se abrangidas tanto a possibilidade de participar na organização e no procedimento, quanto os direitos à criação das estruturas organizacionais e emissão das normas procedimentais, em que pese o

²⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 435.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 211-2.

²⁶² Idem, p. 214.

caráter prestacional típico apenas dos segundos, de modo que apenas parte desta problemática pode ser reportada ao *status positivus*. Exemplifica com o direito de acesso à justiça²⁶⁴; o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação, ficando excluídos deste grupo, todavia, os direitos-garantia processuais.²⁶⁵

Por fim, nos *direitos fundamentais a prestações em sentido estrito ou direitos do status positivus socialis*, estão compreendidas as normas que definem os direitos fundamentais assecuratórios de direitos a prestações por parte de seus destinatários, geralmente identificados como direitos fundamentais sociais - os quais, ressalve-se, englobam também as liberdades sociais (*status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*), como o direito de greve e a liberdade sindical – e que objetivam assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade reais e efetivas para todos, pressupondo um comportamento ativo estatal.²⁶⁶

São exemplos os direitos ao trabalho, à educação, à habitação, aos cuidados médicos e à intervenção policial, sendo seu grande dilema o pertinente à sua consecução ou eficácia, já que exigem atuação dos poderes públicos para a satisfação de determinadas necessidades, ficando na dependência, muitas vezes, das condições de fato ou dos recursos à sua realização.²⁶⁷

Estão eles intimamente relacionados às tarefas estatais na condição de Estado Social de Direito, ainda que nem todos os direitos sociais prestacionais tenham como destinatário o Estado, tais quais aqueles listados dentre os direitos dos

²⁶³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 458-9.

²⁶⁴ No mesmo sentido, posiciona-se J. J. Gomes Canotilho, referindo que “[...] a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional*, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (“apoio judiciário”, “patrocínio judiciário”, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparo), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos [...]”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 494-5.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 215-6.

²⁶⁶ Idem, p. 218-9.

²⁶⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 113.

trabalhadores, sendo que destes, apenas parte têm feição típica de direitos prestacionais.²⁶⁸

Verifica-se, deste modo, uma próxima conexão e interdependência entre as diversas categorias de direitos fundamentais, sendo comum que possuam uma dúplici função (negativa-positiva), em que um direito de defesa (negativo) apresente uma dimensão positiva que lhe é relacionada, e aos direitos prestacionais (positivos), corresponda uma dimensão negativa, como no direito à moradia, que na sua face positiva prestacional, exige dos poderes públicos ações voltadas à promoção das necessidades ligadas à moradia, mas que, em sua dimensão negativa, também merece proteção das ingerências externas.²⁶⁹

2.1.4 Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

Existe um íntimo e indissociável liame entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, constituindo a primeira uma das bases do direito constitucional contemporâneo, o que ocorre mesmo nas ordens constitucionais que não a tenham positivado, sendo sua proteção meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.²⁷⁰

No uso lingüístico comum, a dignidade inicialmente foi empregada como indicativo do lugar ocupado por uma pessoa na sociedade, em razão de seus méritos pessoais ou funções, não dotada do caráter de inalienabilidade, baseada na permanente busca do homem por reconhecimento.²⁷¹

Do ponto de vista da teologia cristã, a dignidade da pessoa humana teve seu fundamento na criação do homem à imagem e semelhança divinas, semelhança que é fundamental, mas não exclui as diferenças, baseada no caráter racional de Deus e

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 219-23.

²⁶⁹ Idem, p. 224.

²⁷⁰ Idem. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25-7.

²⁷¹ MAURER, Béatrice. "Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 64-5.

do homem, em que a dignidade divina é a mais elevada, a partir da qual são estabelecidos graus e relações entre diversas dignidades, levando a pessoa humana a ser muito mais do que um animal dentre a sua espécie, pois é aquele que mais se aproxima da perfeição na natureza.²⁷²

A concepção inspirada pelo cristianismo com nascedouro na Antigüidade seguiu vigendo durante a Idade Média e, sob o prisma da visão antropocêntrica renascentista, foi agregada da possibilidade de escolha de que é dotado o ser humano, assim compreendido por Giovanni Pico della Mirandola, que se distingue dos demais seres em face de ser “[...] seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.”²⁷³

Nos séculos XVII e XVIII, como parte da história da evolução doutrinária dos direitos humanos, a idéia de dignidade da pessoa humana passou por uma racionalização e laicização, estando relacionada à igualdade entre todos os homens em dignidade e liberdade, destacando-se, nesse sentido, o pensamento de Samuel Pufendorf, completando, em Immanuel Kant, o processo de secularização da dignidade.²⁷⁴

A “vontade”, segundo Kant - compreendida como faculdade de autodeterminação, de agir em conformidade com a representação de certas leis -, é o aspecto distintivo dos seres racionais, decorrendo o valor da *pessoa*, ser racional, do fato de existir como fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade, um fim tal que nenhum outro pode ser colocado em seu lugar.²⁷⁵

Conclui o filósofo:

²⁷² MAURER, Béatrice. “Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, p. 65-7.

²⁷³ MIRANDOLA, G. apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 32.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 32.

[...] o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e, por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio [...].²⁷⁶

Ainda que o pensamento de Kant não esteja imune a críticas, em razão de seu excessivo antropocentrismo racionalista, bem como por ser discutível a limitação da dignidade à pessoa humana, em face do crescente valor que tem sido dado ao meio ambiente e a todas as formas de vida existentes, sua concepção influenciou, grandemente, a produção jurídica, permanecendo válida e atual a noção de que a pessoa humana jamais pode ser considerada como meio, rechaçando-se qualquer possibilidade de compreendê-la como coisa ou instrumento.²⁷⁷

Dado o seu caráter de princípio jurídico de categoria axiológica aberta, torna-se difícil designar-lhe um conceito estanque e com pretensão universalizante, pois inviável olvidar de seu conteúdo histórico-cultural, o que leva Sarlet a distinguir a dignidade humana, que deva ser reconhecida a todos os seres humanos, da mesma qualidade considerada no caso concreto, em seu contexto de desenvolvimento social e moral, questionando, inclusive, se há possibilidade de que se sobreponha às especificidades culturais, desprezando-se atos correntes na prática social e jurídica de determinadas comunidades, onde são tidos por legítimos.²⁷⁸

A possibilidade de a dignidade humana ter seu conteúdo analisado apenas de modo culturalmente específico é repudiada por Häberle, pois existem determinados componentes fundamentais da personalidade humana que devem ser

²⁷⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 57-9.

²⁷⁶ Idem, p. 58-9.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 34-6.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. (org). "As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." In: **Dimensões da Dignidade**. Ensaio de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27-37.

levados em consideração em todas as culturas, não suscetíveis de redução culturalmente específica.²⁷⁹ Acentua o autor:

Conceitos de dignidade não são mais hoje desenvolvidos apenas no interior de uma sociedade, de uma cultura; eles também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbios com outras culturas, sobretudo sob o signo dos pactos de Direitos Humanos. No desenvolvimento dos conceitos de dignidade humana não deve ser descurada a cultura 'individual' da coletividade política, mas esta também não deve ser absolutizada. A dignidade humana possui uma referência cultural relativa, ela se situa no contexto cultural, possuindo, contudo, também feições tendencialmente universais.²⁸⁰

Todavia, unânime é a dificuldade encontrada para conceituar a dignidade da pessoa humana, justamente em razão de sua vagueza, imprecisão, ambigüidade e porosidade, pois dizer que ela é qualidade intrínseca da pessoa humana - irrenunciável, inalienável – da qual não pode ser separada, é insuficiente para que se chegue a uma definição objetiva de sua representação jurídico-normativa, parecendo-nos adequada a observação de Maurer, sendo inevitável uma certa indeterminação, o que, de modo algum, impede sua utilização e a busca da verdade, não sendo ilusório o seu conceito.²⁸¹

Por tais razões, não se pode deixar de reconhecer a coragem de Sarlet, ao propor uma conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, que se reproduz:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

²⁷⁹ HÄBERLE, Peter. "A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 126.

²⁸⁰ Idem, p. 127.

²⁸¹ MAURER, Béatrice. "Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, p. 70.

promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁸²

O conceito de dignidade é, para Maurer, a par de princípio moral essencial, também um princípio jurídico, exigindo seu respeito obrigações positivas, sendo “a inteligência, a liberdade e a capacidade de amar” o que coloca a pessoa em um nível superior ao do mundo animal, revelando-lhe a dignidade eminente.²⁸³

Tendo a dignidade da pessoa humana sido objeto de expressa positivação constitucional na Carta Política de 1988, reconhecida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, consoante artigo 1º, III, além de prevista em outros capítulos da Constituição Federal Brasileira, foi conduzida à categoria de princípio jurídico-constitucional fundamental, e também de valor, servindo como fundamento para as normas definidoras dos direitos, garantias, e, igualmente, dos deveres fundamentais.²⁸⁴

De fato, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, guardando íntima relação com os direitos e garantias fundamentais, os quais são, em verdade, suas explicitações, e que àquela podem ser reconduzidos, porque estão radicados na idéia de proteção e desenvolvimento de todas as pessoas, de modo que o respeito à dignidade da pessoa humana “[...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...]”.²⁸⁵

Assim, a dignidade da pessoa humana, além de constituir os direitos fundamentais explícitos, serve também como princípio orientador da interpretação constitucional, verdadeira cláusula “aberta”, identificando os direitos implícitos, inclusive, aqueles a serem desenvolvidos pela hermenêutica, que Sarlet denomina de

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 60.

²⁸³ MAURER, Béatrice. “Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, p. 86.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 61-9.

“direitos fundamentais autônomos”, exemplificando com o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à livre orientação sexual e o direito ao mínimo existencial para uma vida digna.²⁸⁶

Deste modo, diz-se que a dignidade da pessoa humana constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que, portanto, toda violação aos últimos também implica em ofensa àquela.²⁸⁷

Não há, pois, que se olvidar da íntima conexão que tem a dignidade com os direitos fundamentais, em especial, com os direitos da personalidade em geral, dentre os quais, o respeito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem, considerada a personalidade não apenas como um novo espaço de poder do indivíduo, tendo uma dimensão muito mais ampla, consubstanciada no “[...] valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade”.²⁸⁸

A partir dela, não mais há que se falar em direitos da personalidade típicos ou atípicos, pois se está diante de uma verdadeira “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, colocada a personalidade como valor fundamental do ordenamento, unitário e ilimitado.²⁸⁹

Nesse contexto, admitida a dignidade da pessoa humana como verdadeiro “coração” dos direitos fundamentais, valor supremo, que permeia toda a ordem constitucional, na apreciação dos conflitos normativos, ela servirá como importante

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 79-85.

²⁸⁶ Idem, p. 103-6.

²⁸⁷ Idem, p. 103 e 119.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

²⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.” In: SARLET, Ingo W. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 142-4.

parâmetro interpretativo, em espécie de interpretação conforme os direitos fundamentais, iluminada pela dignidade da pessoa humana.²⁹⁰

Passaremos, portanto, a analisar, mais detidamente, os direitos fundamentais à vida privada e à liberdade de informação, os quais se apresentam em constante conflito, sendo ambos de capital importância para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, em um Estado de Direito que se quer democrático.

2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA

A proteção jurídica à privacidade foi elaborada a partir do reconhecimento da existência de uma dimensão espiritual da existência humana, em que o direito à vida é percebido como direito a gozar a vida (“enjoy life”), a ficar só (“the right to be let alone”), e o direito à propriedade passa a abranger, não apenas os bens tangíveis, como os intangíveis, pois “[...] only a part of the pain, pleasure, and profit lay in physical things. Thoughts, emotions, and sensations demanded legal recognition [...]”.²⁹¹

Deste modo, a noção de propriedade foi alargada, a fim de abarcar também conteúdos incorpóreos, e, em especial, com o desenvolvimento tecnológico e a utilização pela imprensa dos equipamentos de captação de imagem e som, tomando conta de espaços tidos como reservados, sentiu-se a necessidade de alargar o espectro de proteção dos bens imateriais; porém, apenas a partir da segunda metade do século passado, é que o direito à vida privada passou a ser reconhecido

²⁹⁰ Sobre a interpretação do direito infraconstitucional “à luz dos direitos fundamentais”, ver MARTINS, Leonardo. “O Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas Implicações Práticas”. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXXII, n. 98, p. 161-93, jun. 2005, em que sustenta que o direito privado deve ser interpretado à luz dos direitos fundamentais, a fim de que a prestação jurisdicional não viole as garantias constitucionais, o que ocorre principalmente quando são aplicadas regras ou cláusulas gerais, contendo conceitos abertos ou indeterminados, em casos concretos que tangenciam áreas de liberdade, tuteladas por direitos fundamentais, pugnando, portanto, por uma “interpretação conforme os direitos fundamentais”, como espécie do gênero da “interpretação conforme a constituição”. Idem, p. 172-3.

²⁹¹ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. p. 1-2. Disponível em: <http://www.Lawrence.ed/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 18 nov. 2005.

como direito subjetivo da personalidade, sendo incluído dentre os direitos fundamentais na maior parte das constituições democráticas modernas.²⁹²

Ele encontra-se positivado no artigo 5º, X, da Constituição Federal Brasileira, qualificando-se como direito fundamental da pessoa humana, uma das manifestações dos direitos da personalidade, que se caracterizam como direitos absolutos (oponíveis *erga omnes*), em princípio; extrapatrimoniais; relativamente indisponíveis (com também relativa intransmissibilidade e irrenunciabilidade) e imprescritíveis.

A disposição constitucional qualifica a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como invioláveis, agregando todos esses conceitos que integram o direito à privacidade em um sentido amplo.

2.2.1 O privado, o público, o político e o social

2.2.1.1 O pensamento greco-romano: a polis e a família, o político (público) e o privado

Muito embora se diga, correntemente, que o homem é um ser social, e que necessitamos da companhia dos outros homens, verdadeiros “pássaros de uma só asa”, a dependermos uns dos outros para “voar”, compreendendo-se tal como verdadeira condição humana fundamental, nem sempre isso foi sentido deste modo.

No pensamento de Aristóteles e Platão, o fato de o homem não conseguir viver sem a companhia de seus semelhantes era sentido como imposição biológica, e, ao invés de diferenciar a vida humana da animal, desta a assemelhava.²⁹³

²⁹² FLACH, Daisson. “O Direito à Intimidade e à Vida Privada e a Disciplina dos Meios de Comunicação.” In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 376-7.

²⁹³ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de “The Human Condition”. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 33.

Para os gregos, essa associação natural, tendo como centro a casa e a família, era diametralmente oposta à associação política, da qual foi exemplo a cidade-estado, formando cada uma delas uma ordem de existência apartada, em que o *bios politikos* aristotélico era formado pela ação (*praxis*) e pelo discurso (*lexis*), atividades que se separaram, dando-se maior ênfase à segunda, como meio de persuasão, utilizada na decisão das coisas da *polis*, rechaçadas a violência e a ordem, essas relegadas à esfera do lar e da vida em família.²⁹⁴

Assim, na Antigüidade greco-romana, a distinção entre as esferas pública e privada era bastante clara, pois enquanto na *polis* ou *urbs*, o público marcava o espaço da ação política livre, proporcionando conversações entre os cidadãos e a instrumentalização de mecanismos de utilidade comum, o privado estava relacionado ao secreto, campo em que as exigências vitais de sobrevivência dos indivíduos eram elaboradas.²⁹⁵

Na esfera familiar, os homens viviam juntos em razão de suas necessidades e carências, sendo a tarefa do homem a manutenção individual, suprimindo o lar de alimentos, e a da mulher, a sobrevivência da espécie, no trabalho de parto²⁹⁶, enquanto na esfera da *polis*, imperava a liberdade; todavia, o sucesso em suprir necessidades e carências da vida em família era condição para a liberdade da *polis*; assim, a *liberdade* situava-se de modo exclusivo na esfera política, ao passo que a *necessidade* era o que marcava a organização do lar privado, em que a força e a violência justificavam-se por serem a única forma de vencer e alcançar a liberdade, a qual pressupunha riqueza e saúde.²⁹⁷

²⁹⁴ Idem, p. 33-5.

²⁹⁵ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**. São Paulo - Leme: LED, 1996, p. 34-5.

²⁹⁶ Nelson Saldanha realça o fato de que o homem, visto como *politikon zoon*, "animal político", "animal da polis", significou também este aspecto diverso: "a mulher não", pois tanto a mulher grega como a romana ficava em casa, governando-a, e o homem que também lá ficasse, encontrar-se-ia em posição rebaixada. In: SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 17.

²⁹⁷ Hannah Arendt explica que a igualdade também era um ponto de distinção entre a *polis* e a família, pois na primeira, relacionavam-se iguais, ao passo que a segunda era marcada pela desigualdade. Esclarece a autora: "ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. [...] É verdade que esta

Desta distinção, é que provém a diferença entre *koinón*, ou seja, o que é comum, o público, e *idion*, como o que é próprio, pessoal, privativo, enfim, privado, ao passo que deriva de *idios* idiossincrasia, idioma, mas também idiota, ou seja, ignorante, que, na visão arendtiana, é aquele que vive apenas em sua casa, preocupando-se com a sua vida e as suas necessidades, olvidando da importância do mundo comum e compartilhado.²⁹⁸

Dos povos ditos antigos, os gregos são apontados como aqueles em que se afigura mais nítida a relação entre as dimensões pública e privada, destacando-se a qualificação política da dimensão pública, a política como a ação arendtiana, vinculada ao questionamento das estruturas da ordem, bem distinta da “dimensão individual-privada do viver”. Para os gregos, o papel fundamental de cada homem era, justamente, a participação na política, na vida da polis e em seu governo, e, em Platão, esse ideal atinge fórmula extremada, pela qual o abandono dos vínculos privados e da subjetividade equivaleria à completa sabedoria, situando-se na família a raiz do egoísmo e do exclusivismo; na casa, o “centro do exclusivismo”, males a serem sanados pela vida-em-comum.²⁹⁹

Com a derrota grega e sua submissão à Macedônia, no fim do século IV a. C., foi destruída a democracia grega e, por conseqüência, a importância do discurso político e do homem público, fazendo submergir a *polis* no império macedônico, deixando de ser a medida das crenças gregas: “[...] restavam o cosmos, abrigo maior da razão, e a vida privada”³⁰⁰, sintetizando Saldanha a alteração em uma

igualdade na esfera política muito pouco tem em comum com o nosso conceito de igualdade; significava viver entre pares e lidar somente com eles, e pressupunha a existência de “desiguais” [...] A igualdade, portanto, longe de ser relacionada com a justiça, era a própria essência da liberdade; ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar, e mover-se numa esfera onde não existiam governo e nem governados”. In: ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 40.

²⁹⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 238.

²⁹⁹ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica, p. 34-5.

³⁰⁰ Idem, p. 20.

frase: “de Péricles a Epicuro”, em que o valor absoluto da *polis* cedeu vez ao relativismo epicurista, posteriormente reelaborado como ceticismo e probabilismo.³⁰¹

Nesse passo, é que, em seu nascedouro, a esfera da vida privada correspondeu à da família, e a da vida pública, à política, bem diversas e separadas, enquanto a ascendência da esfera social, que não se confunde com nenhuma daquelas, é fenômeno novo, que teve origem a partir da modernidade, encontrando no estado nacional sua forma política.³⁰²

2.2.1.2 Da Idade Média à Modernidade. Do Público e do Privado convertidos em Social.

Na idade média, o privado teve forte valorização. As atividades humanas foram transferidas à esfera privada, e as relações humanas foram ajustadas ao molde familiar, repercutindo nas organizações profissionais e nas primeiras companhias comerciais, indicando o conceito medieval de “bem comum” apenas que os indivíduos tinham interesses materiais e espirituais em comum, e que somente podem cuidar de seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar pelos interesses comuns. A autoridade privada e a pública uniram-se, representadas pela propriedade do senhor feudal, o qual administrava a justiça dentro dos limites de seu domínio, caracterizando esta uma das diferenças da esfera privada na Antigüidade e na Idade Média.³⁰³

Na era moderna, a distinção entre a esfera pública e a privada torna-se tênue. A “privatização da vida” é revelada na arquitetura, em que o espaço reservado à família nas modernas mansões estreitou-se, aumentando o número de quartos privados de cada um de seus membros, pois se passou a valorizar o isolamento do indivíduo, ainda que no interior da casa; já, os salões de festas, destinados à sociedade - que não se confunde com o restrito círculo de amigos da família - iniciaram a ter local destacado na residência, de modo que “a linha entre a

³⁰¹ Idem, p. 20-1.

³⁰² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 37.

³⁰³ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 44.

esfera privada e a pública passa pelo meio da casa”, da intimidade dos quartos à publicidade do salão, uma ligada à outra.³⁰⁴

Porém, apenas no Estado moderno, em sua conotação liberal – quando se pode falar de Estado, já que no medievo não havia propriamente constituições, mas apenas cartas - diante do surgimento da “opinião pública”, com a burguesia liberal, é que sobressaiu, com plenitude, a “dimensão pública do indivíduo”, destaca Saldanha, tendo a burguesia ampliado as estruturas econômicas e consagrado a noção de ordem pública (ainda que individualista), e as revoluções burguesas eleito a praça como lugar das decisões históricas, realçando-se, com Kant, a importância do saber tornar-se algo público.³⁰⁵

Também as esferas social e política pouco se diferenciam, sendo a política vista apenas como função da sociedade, elevando-se o lar doméstico e as atividades econômicas ao nível público, de modo que as questões que antes eram atinentes à esfera privada familiar passaram a ser de interesse coletivo.³⁰⁶

Isso porque o Estado-nação passou a ser visto como uma “família de famílias”, e a economia, de caseira e familiar, converteu-se em nacional, passando a exigir uma gestão coletiva da casa, diversamente do que ocorria na *polis*, em que a economia da casa era assunto privado do indivíduo, e não público, daí surgindo a analogia entre a família e a sociedade, esta vista como “grande família a ser administrada pelo Estado”.³⁰⁷

Com isso, a divisão entre o privado e o político foi desfeita, além de ter havido uma relevante alteração no significado dos termos, em nada se assemelhando

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Traduzido por Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984, p. 61-2.

³⁰⁵ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica, p. 24.

³⁰⁶ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 42.

³⁰⁷ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 258-9. É interessante a origem etimológica de economia, mencionada pelo autor e por Arendt, vindo a palavra de *oikonomia*, sendo *oikos* a casa, e *nomos*, a norma, ou seja, norma da casa, constituindo, em seu nascedouro, assunto privado.

às concepções dos antigos, para quem a privacidade estava relacionada à privação, a ponto de não ser considerado totalmente humano aquele que vivesse uma vida unicamente privada, como o escravo e o bárbaro, aspecto que não acompanha o termo na atualidade, tendo a esfera privada sido fortemente valorizada a partir do individualismo moderno.³⁰⁸

No espaço fechado da pequena-família patriarcal, fundou-se um espaço de emancipação psicológica, em que o círculo familiar tinha a pretensão de se ver independente, livre dos liames sociais, “reino da pura humanidade”, em que se conjugam: o livre arbítrio, diante de sua formação espontânea, por indivíduos livres; a comunhão de afeto dos cônjuges, que o mantém; a formação cultural e educacional, resguardando o livre desenvolvimento de todas as faculdades que distinguem a personalidade culta; os três momentos unindo-se em um conceito de humanidade, que se pretende universal, e que teve seu ponto de partida na humanidade dos relacionamentos íntimos das pessoas simplesmente enquanto seres humanos no abrigo da família.³⁰⁹

Todavia, esta idéia que a esfera íntima da família burguesa tinha de si mesma colidia com as reais funções que assumiu, pois não estava livre das coações sociais, servindo como verdadeira “agência da sociedade”, assegurando, sob aparente liberdade, a estrita observância às exigências sociais; a seqüência genealógica garantia, em última análise, a acumulação de capital, ancorada na livre herança da propriedade; o contrato de casamento, supostamente fundado na comunhão amorosa e declaração autônoma de vontade dos cônjuges, também se submetia à conservação e multiplicação do capital; por fim, de igual modo, a formação cultural e educacional permanecia vinculada ao desenvolvimento de habilidades necessárias ao trabalho social.³¹⁰

Portanto, a privacidade moderna, em sua função protetora do que é íntimo, foi descoberta como o oposto da esfera social, em verdadeira reação contra suas

³⁰⁸ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 47-8.

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, p. 63-5.

exigências niveladoras e o conformismo inerente, exigindo que seus membros ajam como se fossem parte de uma mesma família, dotados de iguais interesses e opiniões, excluindo sua possibilidade de ação, ao esperar de cada um determinado comportamento, impondo regras tendentes a excluir a ação espontânea ou reação inesperada.³¹¹

O primeiro exemplo eloqüente da intimidade foi Jean-Jacques Rousseau, que chegou à sua descoberta mediante rebelião, não em face da opressão estatal, como se poderia imaginar, mas contra a esfera social, consoante destaca Arendt:

[...] contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, contra a intrusão desta última numa região recôndita do homem que, até então, não necessitara de qualquer tipo de proteção especial. A intimidade do coração, ao contrário da intimidade da moradia privada, não tem lugar objetivo e tangível no mundo, nem pode a sociedade contra a qual ela protesta e se afirma ser localizada com a mesma certeza que o espaço público.³¹²

Em especial, com o surgimento da sociedade de massas, os vários grupos sociais foram substituídos pela sociedade única, assim como, anteriormente, a família havia sido absorvida pelos grupos sociais, passando os membros da comunidade a ser controlados pela esfera do social.³¹³

Deste modo, a esfera pública foi tomada pela sociedade, não mais constituída pelo político, ficando reduzidas a distinção e a diferença a questões privadas do indivíduo, diferentemente do que ocorria na cidade-estado grega, em que a esfera pública estava reservada à individualidade, onde os homens poderiam mostrar realmente quem eram, distinguindo-se uns dos outros e demonstrando, através de suas realizações, que eram os melhores.³¹⁴

³¹⁰ Idem, p. 63-4.

³¹¹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 48-50.

³¹² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 48.

³¹³ Idem, p. 50.

³¹⁴ Idem, p. 51.

Assim, agigantou-se a esfera social, substituindo a ação pelo comportamento; o governo pessoal pela burocracia (governo de “ninguém”); tudo acompanhado pelo surgimento das “ciências do comportamento”, visando reduzir o homem a um animal que se comporta de maneira condicionada, ocupando o social o espaço antes destinado ao político e ao privado, bem como aquele reservado à privacidade, de modo que “[...] através da sociedade, o próprio processo da vida foi, de uma forma ou de outra, canalizado para a esfera pública”.³¹⁵

2.2.1.3 O Público e o Privado no Mundo Contemporâneo ou Pós-Moderno

O termo *público* significa, em um primeiro momento, que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos, tendo ampla divulgação, constituindo a realidade o que é aparente, visto e ouvido por nós e pelos outros, de modo que as grandes forças da vida íntima, como as paixões, os pensamentos e os sentidos têm existência incerta, até que se tornem aptos à aparição pública. Mas também o público significa o mundo comum, veículo intermediário, em que somos, ao mesmo tempo, reunidos na companhia uns dos outros, e separados dos demais, para que não colidamos.³¹⁶

Etimologicamente, público provém de *populicus*, *populus*, ou seja, povo, categoria crescentemente re-estimada a partir dos séculos XVI e XVII, ligada ao movimento democrático.³¹⁷

No sentir arendtiano, estando nossa percepção da realidade a depender totalmente da aparência, da existência da esfera pública que a ilumine, até mesmo a vida privada e íntima encontra-se sujeita à luminosidade proveniente da esfera pública. Adverte a filósofa:

No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença dos outros no mundo público;

³¹⁵ Idem, p. 55.

³¹⁶ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 59-62.

³¹⁷ SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica, p. 25.

neste, só é tolerado o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado. É claro que isto não significa que as questões privadas sejam geralmente irrelevantes [...]³¹⁸.

Em contraposição à relevância da esfera pública, é que se situa o privado, com seu sentido de privação, significando a destituição de coisas essencialmente humanas, como o ouvir e ser ouvido pelos outros; a ausência de um mundo comum, em que se está ligado e separado dos demais, na ausência dos quais o homem não pode ser conhecido, sendo como que não existisse; seus atos não têm importância para seus pares, o que é de seu interesse, não o é dos demais.³¹⁹

Foi esta privação que conduziu ao fenômeno de massa da solidão, em que não apenas a esfera pública e a privada foram destruídas, como o próprio lar privado, em que os homens anteriormente se sentiam resguardados contra o mundo e onde encontravam calor na limitada realidade da vida familiar.³²⁰

Na atualidade, o modelo de separação entre o público e o privado e a própria fruição da vida privada pelo homem têm sido ameaçados por alguns fatores, dentre os quais, a tirania do individualismo exacerbado, o totalitarismo estatal, a ação niveladora da cultura de massas e a revolução tecnológica.³²¹

A tirania do individualismo exacerbado afeta o desenvolvimento do direito à privacidade, ao inibir a ação das forças básicas da personalidade, como o respeito pela privacidade dos outros e a compreensão de que cada indivíduo é, de certo modo, uma "câmara de horrores", em que as relações civilizadas entre eles somente podem se dar desde que seja preservado um espaço de segredo, para que fiquem guardados os sentimentos menos nobres – e igualmente humanos – do desejo, cobiça ou inveja; por impedir a pluralidade, criando confusão entre vida pública e vida privada, em que os assuntos públicos são tratados sob o prisma de sentimentos pessoais; ainda, ao inviabilizar que o próprio eu satisfaça suas necessidades, uma

³¹⁸ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 61.

³¹⁹ Idem, p. 68.

³²⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 68.

vez que a sociabilidade depende de uma certa distância de observação íntima pelo outro.³²²

A atividade incessante de “individualização” é a marca registrada da sociedade moderna, segundo Baumann, sendo a corrosão e a lenta desintegração da cidadania uma de suas faces, verificando-se uma colonização do “público” pelo “privado”, com a redução do “interesse público” à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas, cingindo-se a vida pública à exposição pública de questões e sentimentos privados. Os indivíduos não buscam o palco público para solucionar causas comuns ou negociar os princípios da vida em comum, mas o procuram em razão de uma desesperada necessidade de “fazer parte da rede”, e, nesse aspecto, o compartilhamento das intimidades aparece como método preferido.³²³ Assevera o autor:

Não é mais verdade que o ‘público’ tente colonizar o ‘privado’. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público [...] Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. [...] E assim o espaço público está cada vez mais vazio de questões públicas. Ele deixa de desempenhar sua antiga função de lugar de encontro e diálogo sobre problemas privados e questões públicas.³²⁴

Por sua vez, o totalitarismo estatal aliena o indivíduo, formando uma imensa máquina de dominação, que destrói a esfera pública e elimina a esfera privada, havendo um controle total, no qual tudo passa a ser público, o poder é uma estrutura burocrática, marcada pelo segredo e pelo secreto, e o indivíduo é dissolvido dentro da coletividade, conduzido à desolação, a qual faz desaparecer a intimidade - a pessoa está sozinha, presa em um mundo de aparências, “[...] não tendo mais identidade, não consegue fazer-se companhia na solidão”³²⁵, e, via de

³²¹ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**, p. 44.

³²² SENNETT, Richard. **O Declínio do Homem Público**. As Tiraniyas da Intimidade. Traduzido por Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 17-8.

³²³ BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 39-47.

³²⁴ Idem, p. 49-50.

³²⁵ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 239.

conseqüência, não tem tranqüilidade para pensar, para questionar prejulgamentos e tornar possível uma “autêntica *vita activa*”.³²⁶

Já, a ação niveladora da cultura de massas impõe aos membros da sociedade um conformismo nivelador, afetando o pluralismo das manifestações e das posições pessoais, e o respeito à singularidade do indivíduo³²⁷, ao supor que os homens não agem uns em relação aos outros, mas se comportam; sendo seres sociais, passam a seguir, unanimemente, determinadas regras de condutas, considerando-se anormais ou associais aqueles que delas se desviam.³²⁸

Por fim, a revolução tecnológica qualifica-se como instrumento a serviço dos demais fatores, a possibilitar maior amplitude nas ingerências realizadas na vida privada, sendo exemplos dessas inovações as teleobjetivas de grande potência; os micro-gravadores; os meios de comunicação de massa, em especial, o desenvolvimento da informática³²⁹, possibilitando espantosa acumulação de dados.³³⁰

2.2.2 A criação doutrinária da privacidade nos EUA

O direito à privacidade – *right to privacy* – surgiu como criação doutrinária de Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890, ao escreverem artigo assim intitulado, considerado o grande marco do estudo deste direito³³¹. O primeiro, senador, insurgiu-se quanto à divulgação de notícias reservadas acerca do casamento de sua filha, e, juntamente com o então jurista Brandeis, que, posteriormente, tornou-se juiz da Suprema Corte, a partir do estudo de precedentes, construiu um direito à

³²⁶ Idem, p. 239; 245.

³²⁷ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**, p. 49.

³²⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 51-2.

³²⁹ Para Têmis Limberger, a informática não é apenas uma inovação tecnológica, mas “um fator que permite acelerar e impulsionar muitas descobertas”, fazendo toda a diferença o fato de o computador não estar isolado, mas em rede, em conexão com outros equipamentos, de modo que a informação passa de um âmbito limitado, sendo transmitida global e rapidamente, em uma combinação de tempo e espaço, traduzindo, a par da vantagem de armazenar e transmitir o conhecimento de modo rápido, o risco de violar os direitos. In: LIMBERGER, Têmis. “As Informações Armazenadas pela Instituição Bancária e o Direito à Intimidade do Cliente.” In: **Revista Jurídica da ESMP**, ano 3, nº 1, p. 167-200, jan.-jun. 2004, p. 168.

³³⁰ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**, p. 49-50.

privacidade, considerando casos de propriedade, quebra de confiança, violação de direitos autorais e difamação, concluindo ser possível a obtenção de proteção jurídica quando a interferência na vida privada se desse através da imprensa.³³²

Warren e Brandeis consideraram que a imprensa estava ultrapassando as fronteiras da propriedade e da decência, comercializando a fofoca, e reduzindo os padrões sociais de moralidade, em um mundo cada vez mais complexo, no qual o homem se tornou presa fácil à influência da publicidade, de modo que a solidão e a privacidade passaram a ter maior significado à vida individual, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos possibilitaram uma mais profunda invasão à sua privacidade, causando dor moral e desconforto.³³³

Posteriormente, em 1960, Dean William Prosser sistematizou os casos julgados pelos tribunais norte-americanos quanto à proteção da privacidade, agrupando-os em quatro aspectos, quais sejam: *intrusion; public disclosure of private facts; false light* ou *false public eye; appropriation*. Prosser não cogitou sobre a *defamation*, difamação, afirmação mentirosa, que viola o bom nome da pessoa, a qual somente foi relacionada pela Suprema Corte com a liberdade de palavra e de imprensa em 1964.³³⁴

A *intrusion* é a intromissão física ou por meio tecnológico no espaço privado de alguém, sem autorização, de um modo extremamente ofensivo ao homem médio, sendo exemplo típico a ação dos *paparazzi*, que buscam fotos de personalidades em situação de privacidade. Pode-se citar, ainda, a veiculação de gravações, fotos ou filmagens de lugares privados, hospitais, restaurantes, havendo divergência nas

³³¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262.

³³² LIMBERGER, Têmis. *Op. cit.*, p. 171-2.

³³³ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. p. 1-2. Disponível em: <http://www.Lawrence.ed/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 18 nov. 2005, p. 2-3. Para os autores, mesmo a fofoca aparentemente inofensiva diminui e perverte, ao inverter a importância relativa das coisas, pois preenche o espaço disponível na imprensa aos assuntos de real interesse para a comunidade, ocupando o interesse humano, capaz para outras coisas; a trivialidade destrói a grandeza do pensamento e a delicadeza do sentimento, impedindo o entusiasmo de florescer, e o impulso generoso de sobreviver (idem, p. 03).

³³⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 263.

decisões dos tribunais americanos quanto ao acompanhamento, pela imprensa, de diligência policial ou administrativa em residências, como no caso do cumprimento das buscas judiciais ou mesmo em acidentes, como incêndios.³³⁵ Ainda, são referidos casos de escuta ilegal, realização compulsória de exames laboratoriais, e invasão ilegal em dados bancários. Mas não constituem intromissões ofensivas: a produção de ruídos que incomodam uma congregação religiosa; as visitas do senhorio ao inquilino, para reclamar os alugueres; as fotografias e digitais tiradas pela polícia, ou de pessoas que se encontram em lugares públicos, não havendo intimidade possível.³³⁶

Nos *private-facts*, há uma informação verdadeira transmitida ao público, que invade, indevidamente, a esfera da privacidade, sendo seus pressupostos o caráter de grave potencial ofensivo, do ponto de vista do homem médio, e a inexistência de legítimo interesse público, abrangendo também o interesse geral (*newsworth*), aqui incluída a notícia que tenha por escopo divertir ou entreter, carecendo tal de definição objetiva, sendo decidido casuisticamente. Nesse aspecto, inclui-se também o direito ao esquecimento, ou seja, a transmissão de fatos verdadeiros, que, devido ao transcurso do tempo ou à mudança na vida pessoal, deixaram de ser conhecidos, como o do criminoso reabilitado, que passou a ser pessoa respeitada em sua comunidade, ou da prostituta que, há muito, abandonara o ofício.³³⁷

Não apenas a imprensa pode cometer a infração, tendo a primeira decisão relevante acerca do tema sido tomada em face de ação de um particular, um comerciante, que colocou em seu local de trabalho um anúncio, informando que determinado cliente devia-lhe dinheiro (*Brents v. Morgan*, 1927). O caso principal, todavia, envolveu uma senhora, que havia sido prostituta durante a juventude, tendo estado relacionada a um caso de assassinato, do qual fora absolvida, após o que se casou, levando uma vida diferente da anterior, rodeada de pessoas que desconheciam seu passado, até que terceiro fez um filme, revelando toda a história.

³³⁵ Idem, p. 270-1.

³³⁶ GARDÓ, Antonio Fayos. **Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación**. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2000, p. 43.

³³⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 272-6.

A Corte declarou que sua intimidade havia sido invadida, baseando-se em uma norma que dizia que todos têm o direito de buscar e obter a felicidade (*Melvin v. Reid*, 1931).³³⁸

Em sua conformação atual, para a configuração desta ofensa, devem concorrer os seguintes elementos: a publicidade há de abranger assuntos estritamente privados, averiguados em consonância aos costumes de uma sociedade em um momento e local concretos (ficando excluídos aqueles realizados em público, os que já foram franqueados ao público em publicações anteriores ou por sua constância em registros públicos, autos judiciais, etc.); o objeto da publicação há de ser ofensivo a uma pessoa com sensibilidade normal (não hipersensível), em especial, aqueles que exponham a vida privada das pessoas ao público; o objeto da publicação não deve ser de interesse público, ou seja, o interesse em ocultá-los deve ser maior do que o do público em conhecê-lo, conceito bastante amplo e que requer uma ponderação de interesses em cada caso (a título de exemplo de situações em que há interesse público, citam-se casos de delitos, de pessoas notórias ou de relevância econômica e social, afastado o interesse sensacionalista).³³⁹

Por sua vez, a *false light* é tida como a menos relacionada à privacidade, tendo por objeto a proteção do sentimento de injúria gerado pela falsa impressão em razão da matéria veiculada, sendo seus requisitos a impressão equivocada de alguém e a gravidade da ofensa ao homem médio³⁴⁰, agregada da malícia (*actual malice*), quando se cuidar de agente público ou pessoa pública. Ela tem sido analisada com tolerância pelas cortes americanas, que vêm admitindo não apenas erros pequenos e involuntários, mas algumas mentiras e ofensas, sob o pretexto do fortalecimento da liberdade de imprensa.³⁴¹

³³⁸ GARDÓ, Antonio Fayos. *Op. cit.*, p. 49-50.

³³⁹ GARDÓ, Antonio Fayos. **Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación**, p. 51-64; 72.

³⁴⁰ Gardó estrutura, em vários grupos, os casos em que se considera a ocorrência de ofensa grave, incluindo fatos relacionados a práticas delituosas; aqueles em que a falsa atribuição teve consequências graves e prejudiciais ao ofendido; casos em que a história publicada fora completamente inventada, com escopo sensacionalista, a fim de aumentar as vendas às custas da ridicularização da imagem de alguém. In: GARDÓ, Antonio Fayos. *Op. cit.*, p. 80-1.

³⁴¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 276-80.

O falseamento da imagem de uma pessoa (ou tergiversação) há de ser diferenciado da difamação, pois no primeiro, a pessoa tem sua privacidade invadida por uma publicação ofensiva, visando a indenização trazer compensação por falsidades que ferem os sentimentos, ao passo que na segunda, protege-se um interesse de uma pessoa em sua reputação, compensando-se os danos nessa esfera. Contudo, tendo-se em conta que na difamação, também os sentimentos do difamado são objeto da proteção, ainda que em um segundo momento, e que, em ambos, a verdade pode ser usada como defesa, a principal diferença entre ambos está fundada em dois fatores, segundo Smolla³⁴²: na *false light*, não há razão para incluir o aspecto difamatório, podendo estar relacionada, inclusive, a um aspecto positivo de uma pessoa, desde que falso; na difamação, a pessoa é desmerecida perante outros, e na *false light*, é simplesmente ofendida de modo grave. São exemplos da última todas as manifestações públicas atribuídas às pessoas, como opiniões, artigos ou livros, que não são seus; o relato de fatos sobre elas, que não correspondem à verdade; a vinculação de sua imagem com outras que não guardam relação; por fim, a distorção ou exagero dos feitos de alguém.³⁴³

Por derradeiro, a *appropriation* é a utilização da imagem, identidade, voz, nome e outros atributos pessoais de alguém em benefício próprio, comercial, sem a respectiva autorização. Ela visa à proteção dos famosos e desconhecidos, em que pese, na prática judicial americana, verificar-se muito mais sua aplicação na primeira hipótese, no denominado *right of publicity* (direito à publicidade), não sendo vislumbrado proveito comercial na exploração de imagem de pessoa desconhecida.³⁴⁴

Ainda que, de um ponto de vista teórico, subsistam a apropriação como um direito à intimidade, e o direito à publicidade como um direito à propriedade, na prática, o direito em tela tem natureza patrimonial, estando mais relacionado ao segundo do que ao primeiro, uma vez que não se cuida do direito de alguém a ser deixado em paz, mas de assegurar que uma pessoa notória possa obter os benefícios

³⁴² SMOLLA, R. A. apud GARDÓ, Antonio Fayos. **Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación**, p. 77.

³⁴³ GARDÓ, Antonio Fayos. *Op. cit.*, p. 76-8.

³⁴⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 280-2.

decorrentes da exploração de sua imagem, de modo que nos estados americanos em que coexistem a *appropriation* e o *right of publicity*, este é usado somente por pessoas famosas, e aquele, por qualquer pessoa, ainda que possam ser utilizados conjuntamente.³⁴⁵

2.2.3 Direito à Vida Privada, à Intimidade, à Honra, ao Nome e à Imagem

Muito embora no uso comumente sejam confundidos, sendo corrente seu uso doutrinário e jurisprudencial como sinônimos, abstratamente, os conceitos de vida privada e intimidade não coincidem, tendo o primeiro dimensão mais ampla, fundado na idéia de autonomia privada, demarcando a individualidade do homem diante dos outros indivíduos, da sociedade e do Estado, ao passo que o segundo tem um caráter mais restritivo, caracterizando-se como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”³⁴⁶, o âmbito que é reservado para si, do que são exemplos as convicções pessoais, os segredos particulares, a vida amorosa, dentre outros.

O liame da duplicação da esfera privada com o surgimento da moderna sociedade burguesa é destacado por Miranda, apoiado em Habermas, dividindo aquela em *esfera íntima* e *esfera privada propriamente dita*, as quais podem ser visualizadas como dois círculos concêntricos, um, de raio mais amplo, representando o campo de relações de comércio privado que o burguês proprietário empreendia dentro da sociedade produtiva, e um outro, de raio menor, a representar as relações do mesmo burguês na intimidade das relações familiares e introspectivas, que desenham seu perfil humano, sua figura de Homem enquanto ser ético-moral.³⁴⁷

Do ponto de vista etimológico, intimidade provém do latim *intimus*, a significar “íntimo, mais recôndito”, “interior”, relacionando-se com as idéias de “segredo” e “confiança”, donde derivam as noções de amigo e amizade íntimos, ou

³⁴⁵ GARDÓ, Antonio Fayos. *Op. cit.*, p. 97-9.

³⁴⁶ CARBONNIER, Jean. apud DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

³⁴⁷ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**, p. 43.

seja, agregam conteúdo intersubjetivo, relacional, ao passo que a vida privada deriva de *privatus*, originando *privacy*, *privée*, *privatezza*, *privato* e, por fim, o privado, com seus significados originais de particular, próprio, pessoal e individual, guardando relação, ao contrário da primeira, a algo isolado, distante e solitário.³⁴⁸

No uso vulgar, as expressões “intimidade” e “vida privada” têm conteúdo próximo, quase equivalente, dominando nos países de língua espanhola, bem como no Brasil, o entendimento de que operacionalmente, os conceitos não revelam desigualdade significativa, podendo ser usados para designar idêntico recorte jurídico.³⁴⁹

Nesse sentido, manifesta-se a argentina Matilde M. Zavala de Gonzalez, ao agrupar as duas denominações no mesmo conceito: o direito personalíssimo que protege a reserva espiritual da vida do homem, assegurando seu livre desenvolvimento pessoal, e sua exteriorização através da linguagem e da conduta, dos vínculos afetivos que mantém com seus próximos, bem como do lugar onde vive.³⁵⁰

Por esta razão, no decorrer deste trabalho, utilizar-se-ão as expressões como sinônimas, ainda que não se haja como olvidar de sua distinção, seja do ponto de vista histórico, etimológico, e mesmo da interpretação no direito comparado.

A honra, o nome e a imagem também integram o rol dos direitos à privacidade, os quais demarcam a individualidade da pessoa humana em confronto com as demais, consubstanciando meio de comunicação, marcados pelo princípio da

³⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 268.

³⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 269-73.

³⁵⁰ GONZALEZ, Matilde M. Zavala. **El Derecho a La Intimidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 87-8.

exclusividade, cujo propósito é a integridade moral do ser humano enquanto indivíduo e o respeito às características pessoais de cada um.³⁵¹

Na definição de Cupis, a honra é “[...] a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.³⁵² Nela, o bem protegido é a auto-estima e o crédito, a fama, o renome, a reputação e estima alheia, pressupondo o ato ilícito contra tal bem jurídico a imputação de atos, qualidades ou costumes pejorativos, onde se diferencia da intimidade, que pode ser atacada sem que exista qualquer atribuição desta espécie, bastando que haja interferência no âmbito reservado da pessoa.³⁵³

A honra tem seu fundamento radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a qualquer pessoa, independentemente de suas particularidades pessoais (sexo, raça, religião, etc.); seu conteúdo abrange tanto o aspecto objetivo (a dignidade da pessoa humana na consideração alheia), como o subjetivo (a dignidade da pessoa humana em sua própria consideração); tal direito não é ilimitado ou absoluto, sujeitando-se, em diversas legislações, à exceção da verdade, sendo, no caso brasileiro, admitida nas imputações de calúnia, salvo nos casos do artigo 138, § 3º, do Código Penal³⁵⁴; na difamação, apenas na hipótese de ofensa relacionada ao desempenho de funções públicas; por fim, é considerada colhida quando se cuidar de injúria.³⁵⁵

Por sua vez, o direito à identidade satisfaz a necessidade de afirmação individual, da distinção das outras pessoas nas relações sociais, evitando a confusão, sendo o nome um dos meios através dos quais pode ser realizado o referido direito,

³⁵¹ MARTINS, Luciana Mabilia. “O Direito Civil à Privacidade e à Intimidade”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 345-7.

³⁵² CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 122.

³⁵³ GONZALEZ, Matilde M. Zavala. **El Derecho a La Intimidad**, p. 91-2.

³⁵⁴ “Artigo 138. [...] § 3º Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no número I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.”

³⁵⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 134-5.

conceituado como o “[...] sinal verbal que identifica, imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere”.³⁵⁶

Ainda que o direito à identidade pessoal se configure, primordialmente, como direito ao nome, a função de identificação não é apenas por ele exercida, mas também pela imagem, que serve para a individualização das pessoas e para distingui-las umas das outras.³⁵⁷

Do ponto de vista jurídico, a idéia de imagem está relacionada à reprodução dos traços físicos da figura humana, de qualquer parte do corpo, seja na pintura, escultura, desenho, fotografia, caricatura ou decoração, em forma de manequins ou máscaras, como na radiodifusão, nos gestos e expressões dinâmicas da personalidade, compreendendo o direito à imagem a faculdade que toda pessoa tem para dispor da sua aparência, autorizando ou não sua captação e difusão (imagem retrato).³⁵⁸

Ela consiste em importante manifestação do direito ao resguardo para Cupis, derivando a necessidade de sua proteção de uma exigência individualista, pela qual cabe, a cada um, a decisão em consentir ou não na reprodução das próprias feições: “[...] o sentido cuidadoso da própria individualidade cria uma exigência de prudência, de reserva”.³⁵⁹

Após a Constituição Federal de 1988, em especial, a imagem passa a ser concebida também como *atributo*, deixando de ser mera exteriorização da figura para ser o *retrato moral*, o *caráter* do indivíduo, da empresa, do produto, ou seja, o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.³⁶⁰

Distingue-se do *direito à intimidade*, pois há situações em que se dispõe da imagem, sem que sejam atingidas as esferas secreta ou íntima ou da vida privada

³⁵⁶ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, p. 179.

³⁵⁷ Idem, p. 180.

³⁵⁸ GUERRA, Sidnei César Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63-9.

³⁵⁹ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, p. 140.

³⁶⁰ GUERRA, Sidnei César Silva. *Op. cit.*, p. 63-4.

em sentido estrito, como na publicação de determinada fotografia, já autorizada para determinada finalidade, e utilizada para outra, pois não se está a violar a intimidade, já desvendada na primeira ocasião, mas a se ferir o direito à imagem.³⁶¹

Igualmente, diferencia-se do *direito à honra*, no qual muitos sustentam, a tese contrária foi albergada por nosso ordenamento, uma vez que proibidas as exposições ou publicações abusivas, ainda que não ofendam o decoro ou a reputação, o que ocorre, quando, por exemplo, publica-se a fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem o seu consentimento, ainda que seja motivo de lisonja, ou, ainda, a publicação de uma fotografia de terceiro como se fora própria.³⁶²

2.2.4 Restrições ao Direito Fundamental à Vida Privada

Costumam ser referidas duas espécies de limitações ao direito à vida privada: a) relativas à própria *natureza do direito da personalidade*, em que se entende não poder o titular do direito dele se privar totalmente, em razão de ser inalienável, irrenunciável, intransmissível, imprescritível e inexpropriável; b) visando a atender os *interesses da coletividade*, o titular do direito à vida privada haverá de suportar as limitações que decorram do interesse público.³⁶³

As seguintes hipóteses são comumente listadas:

a) *peçoas públicas, célebres ou notórias*: tais peçoas têm sua vida privada restringida, recuando os respectivos limites para fronteiras mínimas, em que os chamados “homens públicos” apresentam o campo da privacidade mais restrito de todos, “[...] cujas vidas podem ser uma referência, ou uma advertência, para toda a sociedade”, de modo que,

³⁶¹ Idem, p. 62.

³⁶² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 150-2.

³⁶³ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99-100.

quando alguém busca ocupar tais funções, abdica do direito de manter as reservas conferidas aos cidadãos comuns.³⁶⁴

De igual modo, presume-se o consentimento das pessoas célebres na propagação de sua imagem como consequência natural da notoriedade de que desfrutam, a qual pode derivar, inclusive, de circunstâncias alheias à vontade da pessoa, como quando vitimadas por desgraças, crimes ou destinos anormais, transformando-se em figuras públicas, que despertam o interesse geral no conhecimento de sua imagem, não podendo se opor à difusão, com a finalidade de satisfazer as exigências da informação pública, mas a estas limitadas.³⁶⁵

b) *acontecimentos de interesse público ou realizados em público*³⁶⁶: não se exige o consentimento do sujeito para divulgação da imagem, prevalecendo o interesse público na informação e entretenimento, mas a focalização deve ser acessória, sendo exemplos os tumultos populares, cerimônias solenes, desastres em geral, cortejos fúnebres de celebridades, desfiles, shows, comícios, eventos esportivos, etc.³⁶⁷; porém, é preciso distinguir o interesse público da mera curiosidade e de prazer de sensação do público, caso em que haverá violação dos interesses protegidos da pessoa retratada³⁶⁸.

c) *interesse científico, didático ou cultural*, em que, por exemplo, quando do aparecimento de nova doença, o interesse científico pode suscitar a divulgação de fatos da vida do paciente, de comportamentos ou hábitos seus, relacionados com a moléstia, uma vez que prevalece o

³⁶⁴ Idem, p. 104-5.

³⁶⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 153.

³⁶⁶ Nesse aspecto, o Padre Bruno Jorge Hammes esclarece que lugares públicos devem ser tidos por lugares acessíveis ao público em geral, não reservados a certos círculos de pessoas, em que pese possa haver a cobrança de ingressos. Nesses espaços, os discursos podem ser reproduzidos, dado o seu caráter informativo, e as obras protegidas (pinturas, esculturas) que estejam nos locais em que ocorrem tais eventos podem ser reproduzidas visual ou auditivamente, desde que a informação se restrinja ao acontecimento, sendo acidental sua transmissão. In: HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 97-8.

³⁶⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 154.

³⁶⁸ HAMMES, Bruno Jorge. *Op. cit.*, p. 266.

interesse coletivo no combate da epidemia³⁶⁹; nos casos de cirurgias realizadas em pacientes para divulgar novas técnicas ou avanços da medicina, hipótese em que, todavia, deve-se evitar a identificação do paciente, ocultando-lhe o rosto, ou, no mínimo, os olhos, sob pena de ilicitude, se não houver consentimento daquele (artigo 90 da Lei nº 5.988/73)³⁷⁰; já, o interesse cultural pelos costumes, estilos de vida ou formas particulares de agir de determinados seguimentos ou grupos sociais pode levar a retratar pessoas, suas vidas em família, formas de relacionamento, etc.³⁷¹;

d) interesse da ordem pública: consiste na divulgação da imagem para atender interesses da justiça e da segurança pública, necessidades judiciais e policiais, em que não está incluída, por exemplo, a filmagem de pessoas suspeitas ou detidas por prática de infrações penais, sem o seu consentimento³⁷², podendo, inclusive, caracterizar o abuso de autoridade, se houver concurso de autoridade pública na prática em questão (artigo 4º, “b”, da Lei 4.898/65), salientando-se, ademais, que o artigo 26 da Lei 6.368/76 reza o sigilo das peças de informação, registros, autos de prisão em flagrante e inquéritos policiais, para apuração dos crimes regrados pela Lei de Tóxicos³⁷³, e que o artigo 143

³⁶⁹ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 101.

³⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 154.

³⁷¹ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 101-2.

³⁷² Nesse aspecto, a orientação doutrinária encontra-se um tanto divorciada da jurisprudência, verificando-se um entendimento jurisprudencial bastante permissivo, no que tange à divulgação de fatos criminais, realçando-se o interesse da informação. Veja-se a seguinte ementa, referente à ação indenizatória, proposta por suspeito de crime, cuja imagem foi veiculada pela RBS TV Pelotas sem a sua autorização, sobrevivendo sentença de improcedência, confirmada em grau recursal: **“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO DE DANO MORAL EM FACE DE VEICULAÇÃO DE IMAGEM DO AUTOR POR PRÁTICA DE CRIME. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO OU SENSACIONALISMO.** Não há dever de indenizar quando reportagem jornalística se limita a retratar a ocorrência de prática de suposto delito, não transpassando o teor narrativo. Em que pese não ser absoluta a liberdade de expressão, no caso em tela preponderou o interesse coletivo à informação, estando a requerida sob o amparo de exercício regular do direito, que não enseja a reparação por danos morais. APELAÇÃO IMPROVIDA.” (Ap. Cível 70011615408, TJRS, 9ª. C.Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. em 25/05/2005). TJRS – **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 21 set. 2005.

³⁷³ Observe-se que tal restrição é atinente à Lei de Tóxicos, pois, de regra, as informações constantes de processos judiciais, boletins de ocorrência, e mesmo discursos nas casas legislativas ou assembléias são públicas, podendo ser divulgadas livremente, exceto se o decurso do tempo e a

do Estatuto da Criança e do Adolescente veda a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito à criança ou a adolescente a quem se atribua ato infracional, sendo que qualquer notícia a respeito não poderá identificar o autor, ficando proibida a fotografia ou qualquer referência ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência.³⁷⁴

2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

A liberdade de manifestação do pensamento, da qual se deduz a liberdade de expressão e informação, consagrada constitucionalmente, que não admite qualquer forma de censura prévia, constitui uma das características das sociedades democráticas contemporâneas, estando ambas sempre unidas, pois de pouco valor seria a primeira (liberdade de pensar), desacompanhada da segunda (liberdade de expressar-se, difundir-se).³⁷⁵ Tal é a lição de Pontes de Miranda:

Liberdade de pensar significa mais do que pensar só para si, ocultando o pensamento. Tal liberdade de pensar sem dizer de nada valeria na ordem social. Tiveram-na os escravos; têm-nas os que vivem sob as formas autocráticas, sob o despotismo [...] A diferença entre a liberdade de pensamento e liberdade de emissão do pensamento está apenas em que, naquela, se assegura o direito de se pensar como se quer. Nessa, além do direito, o de se emitir em público o pensamento. Mas que vale aquela sem essa? Vale o sofrimento de Copérnico esperando a morte, ou o acaso, para publicar sua descoberta. Vale o sofrimento de todos os perseguidos, em todos os tempos, por trazerem verdades que não servem às minorias dominantes, essas minorias que precisam considerar coisas, ontos, as abstrações, para que a maioria não lhes veja a falsidade [...].³⁷⁶

ampla cobertura jornalística pretérita houver esgotado a exigência de informação ao público, ou, ainda, nos casos protegidos pelo segredo de justiça, como os relativos à matéria de família. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 391-2.

³⁷⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 154-7.

³⁷⁵ Idem, p. 159-60.

³⁷⁶ MIRANDA, Pontes Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. V, p. 151-2.

2.3.1 Escorço Histórico

A liberdade de expressão e comunicação teve suas origens na cultura grega, sendo um dos direitos mais apreciados pelos atenienses a faculdade concedida a todos de se manifestarem, publicamente, nas reuniões, traço marcante da democracia na Grécia antiga; todavia, o reconhecimento de tais direitos como fundamentais é recente, tendo sido proclamados como direitos subjetivos de modo estratégico no momento em que o Estado Liberal se consolidava, através das revoluções americana e francesa.³⁷⁷

A Inglaterra foi precursora na luta a favor da liberdade de expressão do pensamento e da opinião, destacando-se o momento em que o Parlamento decidiu não reiterar o *Licensing Act*, em 1695, que dava lastro à censura prévia.³⁷⁸

Todavia, meio século antes, em 1644, John Milton escrevia seu "Aeropagítica: Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra", marcado por uma batalha parlamentar entre presbiterianos e puritanos, cujo objetivo principal era a defesa da total liberdade de imprensa, vindo a influenciar a revogação da "Ordinance", e servir de fundamento a defensores da liberdade, como Jeremy Taylor, John Locke, Mirabeu e John Stuart Mill.³⁷⁹

Nos Estados Unidos, o *Bill of Rights* de 1776, do Estado da Virgínia, em seu artigo 12, rezou que "a imprensa livre é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode nunca ser restringida, senão por governos despóticos", tornando-se, logo

³⁷⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 57-9.

³⁷⁸ Idem, p. 160.

³⁷⁹ FORTUNA, Felipe. "John Milton e a Liberdade de Imprensa." In: MILTON, John. **Aeropagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 13-27, 214 p. Segundo Fortuna, os argumentos da obra estão estruturados em quatro partes: a demonstração histórica de que a censura é um produto da Inquisição católica, associada à tirania e ao reacionarismo, contrária ao pensamento da Inglaterra protestante; a assertiva de que o bem e o mal estão ligados, sendo impossível coibir apenas um deles, sem atingir o outro – defende-se a liberdade de imprensa, sob o fundamento de que o conhecimento e a verdade surgem do que há de bom e mau nos livros; condena-se a censura prévia, em nome da razão e da liberdade, que fundam a virtude, já que os maus livros são combatidos na medida em que suas idéias são expostas, não quando ignoradas; a demonstração de que é impossível produzir a virtude com a coerção externa, sendo a corrupção moral combatida com o poder da escolha racional, impedindo a censura o exercício da faculdade do juízo e da escolha (Idem, p. 17-9).

após, um dos pilares da cidadania democrática norte-americana, ao ser reconhecida na primeira emenda à Constituição Americana de 1787, em que restou vedado ao Congresso cercear a liberdade da palavra e de imprensa.³⁸⁰

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tratou do tema em seus artigos 10 e 11, estabelecendo o primeiro que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas [...]”, com a ressalva de que a manifestação não deva perturbar a ordem pública, prevista na lei, enquanto o segundo explicita que “a livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem [...]”, sendo permitido a todo cidadão falar, escrever e imprimir livremente, muito embora haja de responder por eventual abuso dessa liberdade, nos casos determinados pela lei, enquanto que na Constituição Francesa de 1793, o artigo 11 destacou “o direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via [...]”.³⁸¹

No século XX, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 10/12/1948, foi a primeira a dispor acerca do direito à informação, que ultrapassa a idéia de liberdade de imprensa, e mesmo a de liberdade de informação/comunicação, ao agregar o “direito à informação”, que completa o “poder de fazer” com o “poder de exigir”, ou seja, “impõe ao Estado uma ação positiva”.³⁸²

Com efeito, dispõe o artigo 19 da referida declaração:

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar,

³⁸⁰ O artigo primeiro do texto legal tinha o seguinte teor: “o Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças”. In: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 100-2 e 108.

³⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, p. 140-2.

³⁸² RIVERO, Jean apud FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 138.

receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.³⁸³

A partir da Declaração Universal, seguiram-se outros textos fundamentais de Estados democráticos e organismos internacionais, consagrando liberdades e direitos relacionados ao direito à informação, destacando-se a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 04/11/1950, cujo artigo 10º exaltou o direito à liberdade de expressão, compreendendo “[...] a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou idéias [...]”, afastada a interferência de autoridades públicas ou mesmo a consideração de fronteiras, resguardando-se, todavia, o direito de os Estados submeterem as empresas de radiodifusão, cinema e televisão a regime de autorização prévia.³⁸⁴

Por sua vez, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de novembro de 1969, enfatizou o direito à liberdade de pensamento e de expressão, reprisando, em parte, o já ditado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, dando realce à proibição da censura prévia (exceção aos espetáculos públicos, com o fim específico de lhes regular o acesso, para proteger a moral da infância e da adolescência), e seu contraponto – a responsabilidade ulterior, regulada por lei, e com escopo de assegurar o respeito aos direitos ou à reputação dos demais; a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas – e, ainda, à vedação da restrição do direito de expressão por meios indiretos (abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão da informação) ou quaisquer outros meios, que visassem a obstaculizar a comunicação e a circulação das idéias e opiniões.³⁸⁵

³⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 219.

³⁸⁴ A segunda parte do dispositivo, por sua vez, dita que o exercício de tais liberdades, por implicar deveres e responsabilidades, pode sujeitar-se a formalidades, condições, restrições ou sanções legais, com escopo de garantir a “[...] segurança nacional, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da fama ou dos direitos do outro, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. In: FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 139-40.

³⁸⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 61. Com disposição semelhante, o mesmo autor refere o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Depois da aprovação da Declaração Universal, a UNESCO passou a concentrar as atividades da ONU no campo das comunicações, tendo a preocupação inicial, no sentido de meramente propiciar sistemas de comunicação para alcançar o desenvolvimento, evoluído para o conteúdo de tais sistemas e do direito de seu uso pelo povo, uma vez que o conceito de liberdade individual de expressão, aplicado aos meios de comunicação, estava conduzindo à concentração dos referidos meios, à unidirecionalidade e à dominação cultural, de modo que foi substituído por um novo conceito, o do “fluxo de informação livre e equilibrado”, correspondendo ao “direito à comunicação”.³⁸⁶

A partir da incorporação, pela UNESCO, destes novos conceitos, em 1976, foi estabelecida a Comissão Internacional de Estudo de Problemas da Comunicação, conhecida como Comissão MacBride, por referência ao seu presidente, Sean MacBride, cujo relatório final foi apresentado em 1980, no qual o direito de comunicar é concebido como um complexo de direitos, englobando os direitos de associação, direitos de informação, direitos relativos ao desenvolvimento do indivíduo, conduzindo à democratização da comunicação nos âmbitos individual e internacional, e ao atendimento das necessidades de comunicação da humanidade, preconizando tal documento, de forma inovadora, “[...] a democratização dos sistemas, meios e processos de comunicação social [...]”, e evidenciando “[...] a necessidade da positivação jurídica e da garantia do direito a meios para a difusão de informações e idéias [...]”.³⁸⁷

Nesse contexto, é que a Constituição Federal Brasileira regula a liberdade de expressão e de informação, rezando o artigo 5º, IV, ser livre a manifestação do pensamento, e vedado o anonimato; o artigo 5º, IX, ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o artigo 5º, XIV, por sua vez, assegura a todos o acesso à informação, resguardando, entretanto, o sigilo da fonte, quando necessário ao

Políticos, adotado e aberto à ratificação e adesão pela assembléia geral da ONU em dezembro de 1966 (Idem, p. 60-1).

³⁸⁶ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 142-5.

³⁸⁷ Idem, p. 146-7.

exercício profissional; já, o artigo 220, “caput”, protege a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, de sofrerem qualquer restrição, enquanto seu § 1º veda disposição legal que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, e o § 2º proíbe toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

2.3.2 Liberdade de Expressão, Liberdade ou Direito³⁸⁸ de Imprensa, de Informação e de Comunicação (Social)

Como mencionado no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 consagrou a liberdade de expressão em diversas disposições normativas, tendo amplo objeto, abrangendo a liberdade genérica de expressão do pensamento (artigo 5º, IV), tanto em seu aspecto positivo, como negativo (direito de não exprimir o próprio pensamento); a liberdade de expressão de consciência e crença religiosa (artigo 5º, VI); a liberdade de expressão artística e científica (artigo 5º, IX); do mesmo modo, merece farta proteção constitucional a liberdade de comunicação, genericamente prevista também no artigo 5º, IX, da Magna Carta, configurando os direitos fundamentais de informar, informar-se ou de ter acesso à informação e de ser informado elementos essenciais da sociabilidade humana.³⁸⁹

Inicialmente, registra-se haver certa divergência doutrinária quanto à terminologia empregada no trato dos direitos fundamentais em exame.

³⁸⁸ Castanho de Carvalho prefere a utilização do termo “*direito de informação*”, sustentando pretender sistematizar um complexo de direitos, liberdades, garantias e limites inerentes à informação, diferentemente da “*liberdade de expressão*”, que, por seu caráter facultativo na emissão de opiniões, idéias e pensamentos, não tem o cunho rígido e sistêmico do direito de informação. In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**, p. 28-9. Já, Canotilho classifica ambas como “liberdades”, porque “[...] caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva”, identificando-se com direitos a ações negativas, cujo traço específico é o da “[...] alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento”. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1243-44.

³⁸⁹ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 152-63.

Assim, os termos “liberdade de expressão”, englobando os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência, e “liberdade de comunicação”, abrangendo a liberdade de imprensa e de informação, são adotados por Farias, que acolhe a denominação de “direito da comunicação” à disciplina jurídica respectiva. O autor critica a expressão “liberdade de *informaçãõ*”, de uso corrente, em documentos internacionais, entendendo inapropriado para denominar o processo da comunicação, uma vez que a informação é o objeto (fatos, notícias ou informações) do processo de “comunicação”, termo de sua preferência.³⁹⁰

Ampara-se em Ferreira, que, por seu turno, explica que o direito à comunicação compreende as faculdades de colher, receber e comunicar, já que a comunicação pressupõe e implica compartilhamento de informações, razão pela qual dita terminologia é a mais adequada para que se consagre em um único instituto jurídico o direito às três prestações e correspondentes faculdades, em função das quais o titular tem não apenas o poder de agir, como também o poder de exigir.³⁹¹

Como já assentado no início deste tópico, Castanho de Carvalho emprega a denominação “direito de informação”, asseverando ter a “informação jornalística” substituído a antiga e consagrada expressão “liberdade de imprensa”, que, à vista do complexo de relações jurídicas em que se transformou na sociedade moderna, com o exercício da informação dos fatos por diversos meios (televisão, rádio, *Internet*), cuja permanência não mais se justifica, embora se explique por ter a imprensa travado lutas contra pessoas e sistemas, inimigos poderosos, tornando-se indispensável à sociedade, consistindo o uso atual do termo “[...] uma concessão romântica à batalha política e jurídica que ela enfrentou para pôr cobro ao arbítrio político [...]”.³⁹²

³⁹⁰ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 53; 94-5.

³⁹¹ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 71; 168.

³⁹² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 81-2. Em trabalho mais recente, o mesmo autor ressalta que “imprensa hoje significa informação, jornalismo, independentemente do processo gerador, seja a prensa ou seja a radiodifusão de sons”, restando incluída a atividade jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio e

A denominação “liberdade de comunicação social” é preferida por Farias, como representativa de uma garantia institucional conferida aos meios de comunicação de massa para fazerem circular pensamentos, idéias, opiniões, fatos, informações e notícias de transcendência pública por toda a coletividade, já que a “liberdade de imprensa”, que remonta à origem da comunicação social, não é semanticamente adequada para representar os novos meios de comunicação de massa, tampouco as diversas facetas da liberdade de expressão e comunicação, enquanto a “liberdade de informação jornalística” gera ambigüidade, ao generalizar seu uso para informações que não as provenientes de jornais.³⁹³

Desde a origem, os conceitos de expressão e de informação são confundidos, tomados um pelo outro. Todavia, ainda que de modo não tão nítido, é possível traçar uma diferenciação entre eles, havendo certo consenso na doutrina acerca da veracidade e da imparcialidade da informação como ponto distintivo entre os institutos.³⁹⁴

Assim, o direito ou liberdade à informação (ou comunicação) traduz a divulgação de fatos, dados, qualidades, apurados objetivamente, ao passo que a liberdade de expressão versa acerca da livre expressão do pensamento pelos mais diversos meios, mediante a criação artística e a literária, incluindo o cinema, o teatro, a televisão, a ficção literária, as artes plásticas, a música, inclusive as opiniões publicadas nos veículos de comunicação social.³⁹⁵

Deste modo, o objeto da liberdade de expressão alberga elementos subjetivos, cuja conseqüência prática é a ausência de possibilidade de submissão ao

Internet. In: Idem. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36. No mesmo sentido, manifesta-se Caldas, para quem a palavra imprensa há de ser tomada em sua acepção ampla, significativa de todos os meios de divulgação de informação ao público, em especial, os veículos de difusão, como o rádio e a televisão. In: CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 64.

³⁹³ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 102-3.

³⁹⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 20-4.

³⁹⁵ Idem, p. 25.

requisito interno da comprovação da verdade³⁹⁶, já que crenças e idéias são objeto de discussão e de críticas, enquanto o âmbito da liberdade ou direito da comunicação vincula-se a elementos objetivos, sendo oportuna a aplicação da comprovação da verdade ao pressuposto de fato dessa liberdade.³⁹⁷

A advertência para que não sejam confundidas as duas essências é de Carvalho:

Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor interação, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem a função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem a função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado.³⁹⁸

Ainda que seja relevante a distinção, convém não olvidar de sua relatividade, tendo-se em conta o questionamento de Arendt acerca da existência de algum fato que prescindia da opinião e da interpretação, à vista da demonstração, por gerações de historiadores, da impossibilidade de constatar fatos sem a correspondente interpretação, uma vez que selecionados de uma gama de acontecimentos - em que os princípios de escolha não são dados fáticos - e, a partir daí, organizados em uma história, que será contada em determinada perspectiva. Todavia, é da própria autora a observação de que tais dificuldades, além de não comprovarem a inexistência da matéria factual,

³⁹⁶ Aqui, convém ressaltar que se está a falar sobre *verdade de fato*, no sentido arendtiano, ou seja, aquela “[...] relativa a várias pessoas: ela diz respeito a acontecimentos e circunstâncias nos quais muitos estiveram implicados; é estabelecida por testemunhos; existe apenas na medida em que se fala dela, mesmo que se passe em privado”, cujo oposto é a falsidade deliberada, a vulgar mentira, diferentemente da *verdade da razão*, gênero comum às verdades matemáticas, científicas e filosóficas, cujo contrário é o erro ou ignorância, quando se cuide das ciências, e a ilusão e a opinião, no caso da filosofia. In: ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de “Truth and Politics”, traduzido por Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d’Água Editores Ltda., 1995, p. 14-6 e 24.

³⁹⁷ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 80-3.

³⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 26.

[...] não podem servir de justificação para o esbatimento das linhas de demarcação entre o fato, a opinião e a interpretação, nem de desculpa ao historiador para manipular os fatos a seu bel-prazer.³⁹⁹

A aplicação do critério interno da verdade à liberdade de comunicação refere-se à verdade *subjetiva* e não objetiva, enfatiza Farias, esperando-se do sujeito emissor da notícia o diligente contacto com as fontes das informações, seu exame e sua confrontação, e o uso de todos os meios que lhe estejam disponíveis na certificação da idoneidade do fato antes da veiculação, resumindo-se, em suma, no dever de cautela exigido do comunicador, visto que a verdade objetiva ou absoluta “[...] em si mesma não existe ou pelo menos é desconhecida dos mortais”⁴⁰⁰, e o entendimento contrário demandaria supor que tal verdade seria aquela definida pelos órgãos estatais.⁴⁰¹ Assim, defende o autor:

[...] mesmo na hipótese em que venha a ser revelado depois que a notícia divulgada rigorosamente não condiz com a realidade dos fatos, não se considera que houve desobediência ao critério da verdade, se demonstrado que o comunicador fez uso de todos os meios que estavam ao seu alcance par difundir uma informação correta.⁴⁰²

Com efeito, a impossibilidade de retirar da Constituição a proteção jurídica da “não-verdade” é assentada por Sousa, em que pese considerar que as condições materiais de trabalho da imprensa (interesse da rapidez da notícia e o equilíbrio econômico das empresas) possam influenciar na interpretação do direito

³⁹⁹ ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**, p. 25. No mesmo sentido, a opinião de Nuno e Sousa, para quem a liberdade de expressão compreende não só a opinião, mas também a comunicação de fatos, advertindo que a teoria do conhecimento não alberga a existência de meras comunicações de fatos sem conteúdo valorativo, uma vez que mesmo nestas, há tomada de posição sobre as fontes de informação e realizado um juízo valorativo, consistindo na declaração de que os fatos ocorreram deste ou daquele modo, suscetível de influenciar a opinião pública. Igualmente, nos meios de comunicação de massa, a forma como é apresentada uma notícia ou reportagem e o próprio fato de ter sido selecionada, como apta à publicação, traduz “[...] juízos de valor inseparáveis da mera informação”. In: SOUSA, Nuno e. **A Liberdade de Imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 137-8.

⁴⁰⁰ Maria Cristina Cereser Pezzella refere como improvável atingir a verdade, de modo estável, imutável e seguro, sendo sua busca um processo, em que é necessário tolerar o limite, e “[...] entender que quando se atinge o conhecimento de algo, este algo é só uma parte e não o todo [...]”. In: PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. “Verdade, uma busca sem fim”. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 207.

⁴⁰¹ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 91-2.

fundamental, o que não valerá para “[...] as notícias conscientemente não verdadeiras, nem para as de fácil comprovação quanto à sua veracidade”, não comprovadas por comportamento descuidado.⁴⁰³

Outrossim, a informação – que pressupõe emissor e receptor; um código comum de entendimento (linguagem); um canal ou meio de comunicação; signos ou sinais que se transmitem - por ser relacional, há de ser pensada dentro de um contexto social, uma organização, dependendo sua mensagem ou sentido da relação entre emissor e receptor, através da qual (intenção do emissor e compreensão do observador) são atribuídos significado, qualidade, valor ou alcance à informação.⁴⁰⁴

São, portanto, elementos constitutivos do processo comunicacional: o emissor, a mensagem e o receptor, a merecerem a tutela da liberdade de comunicação, que reúne vários direitos fundamentais, dentre os quais, o direito fundamental de informar, o direito fundamental de informar-se e o direito fundamental de ser informado.⁴⁰⁵

Uma distinção entre a liberdade de comunicação social e a liberdade de expressão e de informação geral é apresentada por Miranda, que enfatiza quatro aspectos, atinentes àquela: a pluralidade de destinatários, o caráter coletivo ou de massas, sem reciprocidade; o princípio da máxima difusão; a utilização dos meios adequados (imprensa escrita, meios audiovisuais e a cibernética). Ressalta, ademais, que a liberdade de expressão e os direitos de se informar e ser informado são individuais, o direito de informar pode ser individual ou institucional, ao passo que a liberdade de comunicação social é sempre institucional, por pressupor organização.⁴⁰⁶

⁴⁰² Idem, p. 92.

⁴⁰³ SOUSA, Nuno e. **A Liberdade de Imprensa**, p. 144-5.

⁴⁰⁴ ALMINO, João. **O Segredo e a Informação**. Ética e Política no Espaço Público. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 35-6.

⁴⁰⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 85.

⁴⁰⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais, p. 456.

2.3.3 Liberdade de Expressão e Comunicação e Democracia

Na concepção dual da liberdade de expressão e comunicação, as teorias são apresentadas em duas perspectivas: a liberdade de expressão e de comunicação é considerada valor indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, sendo relevante à realização pessoal a faculdade de manifestação das próprias idéias e de contestação das idéias alheias, com autonomia (autodeterminação para pensar por si mesmo, sem se submeter à dominação intelectual ou psicológica de outrem) e auto-expressão (possibilidade de expressar-se e de ouvir os outros) - e outra objetiva, na qual são condensadas as teorias que reputam tal direito valor essencial à proteção do regime democrático, porquanto viabiliza a participação dos cidadãos no debate público e na vida política, sendo desta que nos ocuparemos nesse ponto.⁴⁰⁷

Na Grécia antiga, a democracia tinha na *isegoria* – igualdade de palavra nas assembleias públicas – seu principal pilar, sendo as grandes decisões políticas tomadas na *ekklésia*, comportando amplo debate, no qual todos os cidadãos eram admitidos a participar, sendo motivo de grande orgulho aos atenienses tal liberdade de palavra que lhes era assegurada pela *politéia*, ao mesmo tempo em que a ausência do debate público era sentida como “[...] sintoma de grave doença do corpo político, uma abulia ou desfibramento da vontade-cidadã.”⁴⁰⁸

Assim, desde sua origem, o direito à informação converte-se em liberdade democrática, cujo objetivo é permitir a adequada e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública, estando ligado à liberdade de opinião e expressão - liberdade positiva de expressar as idéias, e liberdade negativa de não ser importunado em razão delas - ambas pressupondo uma informação exata e honesta para o uso público da própria razão, daí decorrendo o princípio da publicidade e da

⁴⁰⁷ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 64-7.

⁴⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156-7.

transparência na esfera do público como uma das notas constitutivas da democracia.⁴⁰⁹

Porém, a liberdade de informação, alicerce da formação da opinião democrática, é parceira da liberdade de expressão, e, no sentido do direito de se informar, constitui pressuposto da segunda, possuindo uma dimensão jurídico-coletiva, ligada à opinião pública e ao funcionamento do Estado democrático, e outra, jurídico-individual, em que é protegido o interesse jurídico do indivíduo de se informar, para o desenvolvimento de sua personalidade, com lastro nos princípios democrático e da dignidade humana, considerando a antropologia biológica o “desejo de saber” uma das características essenciais do homem.⁴¹⁰

A informação é um dos bens mais preciosos e indispensáveis ao ser humano, daí resultando o caráter fundamentalíssimo do direito à informação, pressuposto dos demais, questão de sobrevivência individual, social e política, esta última intimamente ligada ao poder. A necessidade de informação é, pois, a mais básica das necessidades humanas, “[...] oxigênio da compreensão e interpretação da realidade; alimento do espírito, da inteligência, do discernimento, da alma, da emoção, da sensibilidade.”⁴¹¹

O conhecimento inadequado e insuficiente redundará na ausência de interesse em participar, ou na participação desqualificada, sem possibilidade de escolha ou de engajamento, sem capacidade de argumentação ou contra-argumentação convincente, resultando na falta de chances de acolhimento das pretensões, diante de interlocutores mais bem informados. O interlocutor ignorante, desatualizado ou manipulado, sequer tem condições de efetuar a análise crítica de sua situação, de identificar suas prioridades e objetivos, menos ainda de obter sucesso e superar a condição de dominado.⁴¹²

⁴⁰⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 241-2.

⁴¹⁰ SOUSA, Nuno e. **A Liberdade de Imprensa**, p. 151.

⁴¹¹ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 78-80.

⁴¹² Idem, p. 82-3.

A relação entre participação, informação e democracia é bem apanhada por Ferreira:

Se sem participação não há democracia, sem informação tampouco haverá participação. Pois participação sem informação seria como 'diálogo' entre o surdo e o mudo: só o primeiro fala; logo, não escuta (não recebe resposta), porque não pode (não quer) ouvir e porque o segundo não pode responder, pois não sabe o que o outro está dizendo. O primeiro dá as cartas e o segundo, submete-se; não há comunicação, às vezes, sequer entendimento: há na verdade, incomunicação, onde somente se ouve a voz do dono (o bem-informado) e só se escuta o dono da voz (o que tem o dom da palavra). Na interrelação em que os sujeitos se encontram desigualmente dotados de informação, mesmo verificando-se o entendimento, ou seja, a mera decodificação mútua dos signos, não há verdadeiramente comunicação, porque inexiste suficiente expressão e, conseqüentemente, não se dá uma adequada percepção ou alcance dos sentidos ou intenções; o que há é uma incomunicação, não um autêntico intercâmbio significativo. Para que comunicação exista (autenticamente), há que existir mútua disposição de congruência, expressão de cada sujeito sem reservas, ocultações ou fugas, muito menos artimanhas ou intenção de logro.⁴¹³

No regime democrático, o espaço próprio de comunicação da vida política é público, considerando-se que a soberania pertence ao povo, o qual, ainda que de modo indireto, deve decidir as grandes questões de governo. Entretanto, a organização do espaço público de comunicação (tanto político, como cultural, econômico e religioso) está sendo atualmente feita à revelia do povo, ou mediante sua transformação em "massa de manobra dos setores dominantes", convertendo-se a comunicação social, nos países ditos democráticos, em objeto de oligopólio da classe empresarial, servindo a seu exclusivo interesse, ao passo que nos regimes autocráticos, ela constitui monopólio dos governantes.⁴¹⁴

Com efeito, a denominada "desnutrição informativa" têm dentre seus indicadores quantitativos, a escassez de número de jornais em relação ao tamanho da população; a escassez ou indisponibilidade de outros meios de comunicação; a impossibilidade econômica para aquisição de produtos informativos; e, do ponto de vista qualitativo, a uniformidade noticiosa, que decorre da monopolização ou

⁴¹³ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 83.

oligopolização dos meios, verificando-se a dependência de um número restrito de agências de notícias, e a unilateralidade das versões, seja diante da dependência das agências, seja pela exclusão ou privilegiamento de fontes de informação.⁴¹⁵

Ainda sob tal deficiência, poderia ser referida a informação pobre, inútil, desprovida de conteúdo, diante da crescente curiosidade maledicente e fútil do público, que quer o “show”, e do interesse das empresas de comunicação, em vendê-lo, fazendo com a informação de nossos dias seja “[...] mais espetáculo que verdade, [...] bem mais entretenimento que notícia ou conhecimento social relevante”.⁴¹⁶

Conclui Comparato:

O verdadeiro espaço público de deliberação política passou a ser, assim, aquele oferecido pelos veículos de comunicação de massa. São eles – rectius, os seus controladores – que decidem sobre a divulgação ou não das questões discutidas e votadas no Parlamento. São eles que, de fato, propõem à discussão parlamentar grande número de questões, tornadas em seguida objeto de comissões parlamentares de inquérito ou de projetos de leis. [...] Temos, portanto, que o debate público sobre as grandes questões da vida política e econômica da nação é estruturalmente falseado. Um debate autêntico, assim como a verdadeira dialética enquanto processo de exame da verdade, pressupõe a liberdade e a capacidade de proposta das questões a serem discutidas.⁴¹⁷

⁴¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**, p. 155.

⁴¹⁵ FERREIRA, Aluizio. *Op. cit.*, p. 101.

⁴¹⁶ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 169. Manifestação semelhante é a de Judith Martins-Costa, asseverando que a tecnologia propicia tanto o espetáculo como a invisibilidade, na denominada “sociedade da informação”, cujo paradoxo é o da desinformação pelo excesso, uma vez que os hiper-informados não possuem discernimento perante a informação, e na qual tanto a vida privada quanto a vida pública desvirtuaram-se de suas condições de espaço de resguardo e de discussão democrática, respectivamente, para se transformarem no palco do espetáculo e do consumo de símbolos, onde o pensar é substituído pelo consumir. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, prefácio, p. 31-2.

⁴¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**, p. 156. João Almino diverge do autor citado, asseverando que, embora os meios de comunicação não constituam espaço neutro, aberto e uniforme paratado e a discussão pública, suas opiniões, linhas, posições políticas, decorrentes da escolha das notícias, “[...] são apenas agentes adicionais do espaço público e não determinantes

Assim, sendo indubitável o poder da comunicação, que influencia na modificação dos significados e, via de conseqüência, na transformação das crenças, dos valores e dos comportamentos humanos, também não se pode desconhecer da “comunicação do poder”, aqui concebida como uso da comunicação de modo monopolizado pelas classes dominantes, com o fito de perpetuação de padrões de elitismo, privilégio, coerção e exploração, característicos de nossa história, cujas medidas de manipulação podem ser classificadas em: comunicação dirigida (manipulação da linguagem, imposição de significados e conteúdos, proibição de outros – censura); comunicação limitada (objetivando manter as massas na ignorância, a educação é orientada para manter as classes baixas com códigos restritos, inviabilizando articularem seus interesses e participarem da política); comunicação constrangida (a estruturação e limitação da comunicação pública com o fito de fazer prevalecer os interesses de grupos privados e governamentais); por fim, as táticas diversionistas governamentais, que objetivam afastar a atenção do povo dos problemas de base.⁴¹⁸

A rejeição da violência simbólica, consistente na recusa do domínio pela imposição de sentido ou significado, ou seja, das próprias “verdades” e definições da realidade, especialmente pela detenção privilegiada ou informação manipulada, e o exercício da comunicação liberadora, que nega a violência simbólica, questiona a situação-problema e propicia a congruência comunicativa, são condições mutuamente complementares e interdependentes, que possibilitam uma comunicação autêntica.⁴¹⁹

Desse modo, não há como se olvidar do papel decisivo exercido pelos meios de comunicação de massa, os quais gozam de legitimidade⁴²⁰, satisfazendo as

deste espaço”, pois o entendimento contrário significaria atribuir-lhes um poder de totalização, e a recusa em reconhecê-los como canal, com papel de intermediação. In: ALMINO, João. **O Segredo e a Informação**. Ética e Política no Espaço Público, p. 26.

⁴¹⁸ BORDENAVE, Juan E. Dias. **O que é Comunicação**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 97-9.

⁴¹⁹ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 86-7.

⁴²⁰ Conforme Comparato, os detentores de poder esforçam-se para obter o reconhecimento social de sua legitimidade, a submissão voluntária e pacífica de seus subordinados, sendo mister um esforço contínuo de justificação, a fim de que o poder permaneça como legítimo na consciência coletiva, resultando de uma técnica de legitimação, exercida por profissionais da retórica e da argumentação

necessidades individuais e sociais com suas críticas e mensagens, constituindo a

no curso da história, passando pelos clérigos e teólogos, na Idade Média; os juristas da Corte e os pensadores políticos, nas monarquias absolutistas do Renascimento; um amplo espectro de profissionais liberais (advogados, professores de Direito, economistas, cientistas sociais, jornalistas, líderes religiosos, etc.), no sistema econômico capitalista burguês, a partir do século XIX; por fim, a partir do século XX, os grupos dominantes nos regimes autocráticos, e a classe empresarial, nos países de capitalismo liberal, passaram a exercer, diretamente, tal incumbência, criando, sob a forma de entidades estatais ou privadas, os grandes órgãos de comunicação de massa. In: COMPARATO, Fábio Konder. "A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**, p. 150-4.

expressão da opinião pública⁴²¹, a par do poder legitimador de que são dotados, contribuindo para a justificação e aceitação coletiva das práticas sociais e políticas, e que, por sua atuação, são percebidos pelo público em geral como neutros e supra-estruturais, independentes, desinteressados e comprometidos, sendo, ademais, tidos pelas elites dominantes como seu principal instrumento legitimador, consistindo no canal por onde a opinião pública se expressa, que, para tais grupos, limita-se ao que os meios veiculam.⁴²²

Com efeito, os meios de comunicação de massa desempenham diversas tarefas sociais, as quais podem ser classificadas em funções políticas em sentido amplo⁴²³, como na fiscalização dos órgãos estatais e funcionários públicos (função de “cão de guarda público” ou “watchdog function”); no fornecimento aos cidadãos de informações necessárias à sua tomada de decisões; na viabilização de um autêntico debate público; na produção de influência na agenda política (“agenda setting function”); função cultural, auxiliando na formação cultural e educação dos

⁴²¹ Segundo Paulo Bonavides, a opinião pública é um dos dogmas produzidos pelo Estado liberal, representado pelo adágio místico “vox populi vox dei”, e com o qual a burguesia se assenhorou de irresistível força social, freando os abusos da autoridade. Entretanto, com as ditaduras totalitárias do século XX, ela transformou-se em poderosa linha auxiliar da razão de Estado, e mesmo na sociedade democrática, é também suspeita, já que seus elementos de elaboração e transmissão de juízos formadores concentram-se nas mãos de uma minoria, os “lordes” do poder econômico e financeiro, restando, portanto, desacreditada e desprestigiada de valoração política, desde que demonstrada sua irracionalidade e a facilidade de sua “criação”, “manufaturação” como qualquer produto da técnica industrial, a ser ministrada às instituições, a fim de lhes ditar o sentido, em consonância às razões de Estado, às conveniências públicas ou dos governantes. In: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 452-7, 498 p. Tem semelhante pensamento Roberto Amaral, para quem a opinião pública “[...] não existe mais e não pode existir”, tendo sido reduzida a um “agregado estatístico de opiniões privadas, dissimulada pelo tratamento jornalístico, que insinua distanciamento”. Através das sondagens, é construída a opinião, de modo que “[...] a opinião pública, na sociedade moderna, é a **opinião publicada** [...] Opinião pública é o que o meio nos diz que é, ao mesmo tempo em que usa a pesquisa de opinião para legitimar sua pauta, para legitimar suas afirmações”. In: AMARAL, Roberto. “Imprensa e controle da opinião pública: informação e representação popular no mundo globalizado”. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, nº 148, p. 197-218, out.-dez. 2000, p. 199-201.

⁴²² FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 97-100.

⁴²³ As funções são aqui elencadas de um ponto de vista ideal, uma vez que, de acordo com a pesquisa realizada, pôde-se constatar que sua efetiva consecução pelos meios de comunicação de massa ainda é bastante deficiente.

cidadãos⁴²⁴; função de “quadro de avisos”, em que prestam serviços de utilidade pública, além de servirem como elementos de contato social.⁴²⁵

Entretanto, os meios de comunicação de massa não são nem neutros, e nem representam a opinião pública do modo como se almeja, a ponto de que decisões relevantes a toda a coletividade sejam tomadas com base, exclusivamente, no que veiculam, já que nenhuma informação pode ser tida como neutra, por corresponder a necessidades do destinatário, refletindo as conveniências do emissor, ou, no mínimo, não contrariando os interesses deste.⁴²⁶

É que, na sociedade de massas, também a informação é um produto de consumo, e, em uma sociedade de classes, em que há concentração da renda e distribuição desigual de riqueza, ela é consumida desigualmente, como qualquer outro bem, razão por que constitui uma expectativa irreal e fantasiosa a existência de uma verdadeira opinião pública, a qual é manipulada por um sistema de comunicação de massas, que, por mediar o contato do cidadão com a realidade, constrói os valores, a política e o discurso político, fazendo prevalecer os interesses particulares de uma só classe em face do interesse geral social.⁴²⁷

⁴²⁴ Não se pode esquecer, entretanto, das ferrenhas críticas lançadas à cultura de massas, difundida pelos meios de comunicação, cuja denominação é devida ao fato de “[...] conformar-se às necessidades de distração e diversão de grupos de consumidores com um nível de formação relativamente baixo, ao invés de, inversamente, formar o público mais amplo numa cultura inata em sua substância”, em que a cultura torna-se, ela própria, mercadoria, e a função jornalística perde-se cada vez mais, pois não apenas a difusão e a escolha, a apresentação e a embalagem das obras, como a própria criação são orientadas de acordo com as vendas, devendo ser considerado que a comercialização é colocada em uma proporção inversa à de sua complexidade. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa, p. 195-6. Igualmente, a observação de Edgar Morin, de que a cultura de massas é determinada pelo mercado, passando sempre pela mediação do produto vendável, do qual toma as características de se dobrar à lei do mercado, da oferta e da procura. Sua lógica é a do máximo consumo, e, para que obtenha êxito, facilitando o consumo das obras de “alta cultura”, utiliza técnicas como a da simplificação, maniqueização, atualização, modernização e inclusão de “happy end”. In: MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX**: o espírito do tempo. Traduzido por Maura Ribeiro Sardinha. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 35, 45-6, 55.

⁴²⁵ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 112-21.

⁴²⁶ FERREIRA, Aluizio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 100.

⁴²⁷ AMARAL, Roberto. “Imprensa e controle da opinião pública: informação e representação popular no mundo globalizado”. In: **Revista de Informação Legislativa**, p. 198-9.

Baseando-se nos princípios de que a comunicação social, em uma sociedade democrática, é matéria de interesse público, sendo inadmissível qualquer forma de controle particular sobre os meios de comunicação de massa; de que o sistema capitalista é incompatível com a verdadeira democracia; ainda, o da superação da dicotomia Estado/sociedade civil como fundamento da comunicação democrática, Comparato elabora propostas para a democratização dos meios de comunicação de massa, idealizando a construção de um sistema institucional, que impeça ou dificulte a sua monopolização pela classe empresarial, vedando sua exploração por organizações capitalistas, restando a organização sob a forma de associações sem fins lucrativos, cooperativas ou fundações, públicas ou privadas; a regulação e fiscalização do setor de comunicação social por um órgão administrativo autônomo, não subordinado ao Executivo ou Legislativo; o livre acesso de todos às vias de comunicação exploradas pelos veículos, a ser obtido através de medidas como a ampliação do direito de resposta (estendendo-o à defesa de bens coletivos e sociais) e a introdução do direito de antena.⁴²⁸

Por sua vez, a democratização do controle e das responsabilidades sobre a produção e a circulação das informações é pregada por Almino, combatendo-se os monopólios e oligopólios de comunicação, mediante a multiplicação das concessões para empresas de comunicação – ou mesmo sua abolição em determinados setores, como o rádio; a criação de conselhos eleitos para administrar os meios de comunicação estatais; o alargamento da responsabilidade dos jornalistas, relativamente aos proprietários, quanto à produção e divulgação das informações; a manutenção e a ampliação de direitos e liberdades já conquistados, v.g., a liberdade de opinião do jornalista e o direito de resposta, tudo como forma de obter a democratização dos meios de comunicação.⁴²⁹

A presença de oportunidades informacionais isonômicas como o primeiro requisito de uma convivência democrática plena é destacada por Almino, já que

⁴²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. "A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, p. 159-66.

⁴²⁹ ALMINO, João. **O Segredo e a Informação**. Ética e Política no Espaço Público, p. 27-8.

democracia implica discussão, negociação, oposições e embate de idéias, acentuando a relação de proporcionalidade entre a participação individual ou coletiva nos processos de comunicação de informações e no próprio funcionamento dos meios que as veiculam e a democracia existente na sociedade e no Estado, devendo ser observados os princípios da publicidade obrigatória e do livre-acesso como regra geral, especialmente nas informações institucionais (inclusive governamental e administrativa), despontando como valores imperativos a transparência e a participação em todas as sociedades.⁴³⁰

2.3.4 Restrições⁴³¹ ao Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Comunicação

A Constituição Federal, por guardar coerência com o postulado de que na ordem jurídica democrática, não se reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, impõe à liberdade de expressão e informação diversas espécies de restrições, ainda que lhe garanta imunização a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, sujeitando-lhe a restrições expressas (impostas diretamente pela Constituição ou cujo estabelecimento por lei é autorizado na Carta Maior) ou tácitas (autorizações implícitas ao Legislativo e Judiciário, a fim de que formulem as restrições, quando necessárias à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos).⁴³²

⁴³⁰ FERREIRA, Aluízio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação, p. 87; 111.

⁴³¹ Adotamos a teoria externa, encampada por Farias (In: FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 36), seguindo a linha de Alexy, pela qual o conceito de restrição de um direito sugere a suposição de que existam duas coisas, a saber, o direito e as suas restrições, ou seja, o direito em si (não restringido) e o que resta do direito quando são impostas as restrições (direito restringido), entre as quais se dá uma relação de tipo especial, criada através de uma necessidade externa ao direito, visando à compatibilização de diversos direitos individuais, bem como com os direitos individuais e os coletivos. Em contraponto, para a teoria interna, não existem duas coisas, mas apenas uma, ou seja, há somente o direito, com determinado conteúdo, vindo o conceito de restrição a ser substituído pelo de limite, de modo que as dúvidas acerca dos limites do direito dizem respeito à questão de saber qual é o seu conteúdo, e não sobre se deve ou não ser limitado. In: ALEXY, Robert, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 268-9.

⁴³² FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 241-2. Nuno e Sousa classifica os limites em expressa ou implicitamente incluídos nas normas constitucionais e limites por reserva de lei. In: SOUSA, Nuno e. **A Liberdade de Imprensa**, p. 255.

Outra classificação apontada é a dos limites internos e limites externos, traduzindo-se os primeiros nas responsabilidades sociais e no compromisso com a verdade, ao passo que os segundos encontram suas fronteiras nos limites de outros direitos de hierarquia constitucional.⁴³³

Assim, as restrições, que devem sempre se apoiar no texto constitucional para serem legítimas, são de natureza tríplice, derivando (1) dos direitos fundamentais dos demais cidadãos (aqui incluídos os direitos personalíssimos à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem); (2) de bens sociais, como a proteção da saúde e da segurança públicas e do meio ambiente; (3) dos próprios valores estatais e constitucionais, na defesa da Constituição de ataques ou do Estado, em face de desordens internas e agressões externas.⁴³⁴

Dentre as restrições diretamente constitucionais, encontra-se a vedação ao anonimato (artigo 5.º, IV), a qual já vinha rezada na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) artigo 7º, tendo seu fundamento na responsabilização civil ou penal pela divulgação abusiva, “[...] que constitui verdadeiro freio aos abusos da imprensa”⁴³⁵, de modo que, quem manifesta o seu pensamento através da imprensa, deve identificar-se, e se não o faz, a direção da empresa que o publicou ou transmitiu é responsável por ele; porém, não há que se confundir tal restrição com o resguardo do sigilo da fonte (Constituição Federal, artigo 5º, XIV), com o qual não guarda antinomia, uma vez que este é dirigido à fonte da informação, e aquela, à identidade de quem a presta. Afinal, “o direito ao anonimato de quem presta informações não se pode confundir com o escrito anônimo”, sendo o segundo o que a lei proíbe.⁴³⁶

⁴³³ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 108.

⁴³⁴ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 242.

⁴³⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**, p. 124.

⁴³⁶ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. t. 1, p. 110-3.

Como já assinalado, os direitos da personalidade, também consagrados constitucionalmente – direito à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem⁴³⁷ – podem ser tidos dentre as mais relevantes restrições à liberdade de expressão e comunicação, cuja relevância decorre de sua freqüente colisão na prática social⁴³⁸, sendo assegurada, além da proteção penal pertinente, a indenização por dano material e moral (artigo 5º, V).⁴³⁹

Ainda no conjunto das restrições diretamente constitucionais, são elencadas a inadmissibilidade de invocar a liberdade de expressão de crença religiosa, da liberdade de expressão filosófica e política para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa (artigo 5º, VIII), sendo o exemplo mais comumente lembrado o serviço militar obrigatório; a restrição ao direito de receber informações de órgãos públicos, diante do sigilo necessário à segurança do Estado e da sociedade (artigo 5º, XXXIII); as restrições sobre a propriedade dos meios de comunicação social, evitando-se a redução da liberdade de expressão e comunicação à liberdade de empresa⁴⁴⁰, restringindo, ademais, aos estrangeiros o acesso à propriedade dos órgãos de comunicação de massa (artigo 220, § 5º, e artigo 222); restrições para a exploração de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (artigo 223), que, diversamente dos veículos impressos, pressupõem a realização de licitação para outorga da concessão ou permissão, seguida de aprovação pelo Congresso; observância dos prazos de concessão ou permissão; cumprimento das obrigações estabelecidas em contrato ou ato administrativo; por fim, são arroladas as restrições à programação das emissoras de

⁴³⁷ Para a caracterização de cada um destes direitos da personalidade, ver item “2.2.3”, supra.

⁴³⁸ A colisão entre ditos direitos fundamentais é analisada no capítulo seguinte.

⁴³⁹ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 249-50.

⁴⁴⁰ Comparato chama a atenção para a lamentável confusão criada entre liberdade de expressão e a liberdade de empresa, esta inserida no sistema capitalista de produção, fundada na lucratividade, e não na defesa da pessoa humana, constituindo verdadeira “aberração” a invocação daquela por grandes conglomerados do setor de comunicação de massa, com o intuito de estabelecer oligopólio nos mercados e exercer influência dominante sobre a opinião pública, sem controle social ou popular. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, p. 158.

rádio e de televisão (artigo 221), com finalidades educativas, culturais, informativas e garantidoras do respeito à pessoa humana e à família.⁴⁴¹

Por seu turno, no elenco das restrições indiretamente constitucionais, encontramos: a exigência de qualificação profissional para o exercício da comunicação social, nos termos do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, c/c o Decreto 83.284/79 e a Lei 6.615/78⁴⁴²; a possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais para a defesa da intimidade ou por exigência do interesse social (artigo 5º, LX, artigo 37, "caput", artigo 93, IX), como nos feitos que tramitam em segredo de justiça, dado o íntimo liame que guardam com a privacidade, honra e imagem das pessoas⁴⁴³, e naqueles que versam sobre crianças ou adolescentes, a quem se atribua ato infracional (artigo 247 do ECA); igualmente para a proteção da juventude, as restrições às diversões e aos espetáculos públicos (artigo 220, § 3º, I, Constituição Federal, regulamentado nos artigos 75, 253 e 254 do ECA); as restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (artigo 220, § 4º, da Carta Magna, disciplinado pela Lei 9.294/96 e Decreto 2.018/96); por derradeiro, citam-se as restrições à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão na vigência do estado de sítio, dentre as quais não se incluem os pronunciamentos de parlamentares, efetuados nas Casas Legislativas (artigo 139, III, e § único).⁴⁴⁴

Finalmente, apresentam-se as restrições tácitas à liberdade de expressão e comunicação, considerando-se a natureza principiológica das normas constitucionais, as quais contêm uma ordem de que algo seja realizado na forma melhor possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas (não contêm mandados definitivos,

⁴⁴¹ FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 248-59.

⁴⁴² FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 260-1.

⁴⁴³ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 107. O autor ressalva a possibilidade de realizar referências genéricas à existência do processo em segredo, e, inclusive, certa penetração de conteúdo, quando, em razão das partes envolvidas, configure-se a possibilidade de limitação a direitos da personalidade. (Idem, *ibidem*).

⁴⁴⁴ FARIAS, Edilsom *Op. cit.*, p. 265-7.

apenas *prima facie*, ao contrário das regras)⁴⁴⁵, podendo se chocar com outros princípios constitucionais, como o da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político, da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Podem ser estabelecidas pelo legislador, como na proteção da dignidade da criança e do adolescente; na determinação do respeito às leis penais, harmonizando a liberdade em exame e a segurança pública; na observância do princípio da presunção de inocência; ou ser formuladas pelo Judiciário, no julgamento de casos concretos postos à sua apreciação.⁴⁴⁶

Não há, outrossim, que se confundir restrição com censura, pois a primeira tem fundamento constitucional, constituindo medida legislativa ou judicial, cuja finalidade é a de harmonizar a expressão e comunicação com outros direitos e interesses protegidos constitucionalmente, estando submetida aos limites do núcleo essencial e à regra de proporcionalidade, ao passo que a segunda é rechaçada pela Constituição, consistindo em determinação administrativa, derivada de órgãos vinculados ao Poder Executivo, representando arbítrio, e via de regra, sendo motivada por razões ideológicas dos detentores do poder político.⁴⁴⁷

A vedação da censura de natureza política, ideológica e artística encontra-se explicitada no artigo 220 da Constituição Federal (§ 2º), em cujo texto foi substituído o termo "censura" pelo verbo "regular" (§ 3º), no que tange às diversões e aos espetáculos públicos, com o sentido de informar e recomendar, de modo que a anterior disposição da Lei de Imprensa não encontrou recepção na novel Carta Constitucional.⁴⁴⁸

Questão comumente trazida à discussão é se a atuação judicial prévia à publicação ou veiculação de notícia caracteriza a censura, e se, desse modo, encontrar-se-ia vedada pela Constituição, merecendo resposta negativa, contudo. E

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 99. Para diferenciação mais aprofundada sobre regras e princípios, veja-se o próximo capítulo, item "3.3.2".

⁴⁴⁶ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 268-73.

⁴⁴⁷ Idem, p. 246-7.

⁴⁴⁸ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade, p. 214.

o fundamento é extraído da própria Carta Constitucional, que, em seu artigo 5º, XXXV, reza que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, razão por que diante do caso concreto, em que o interessado requeira em juízo cautela, para prevenção de ato da imprensa atentatório à sua dignidade, como na premência de publicação que injustamente macule sua honra, imagem ou vida privada, caberá à autoridade judicial agir preventivamente, impedindo a edição da matéria ou fazendo cessar sua edição, pois a reparação dos danos morais jamais tem aptidão de recompor, por completo, a desmoralização da pessoa, tendo efeito mais punitivo e inibitório.⁴⁴⁹

No mesmo sentido, colhe-se a manifestação de Jabur, asseverando que o exame vestibular judicial não se cuida de censura, por inexistir intervenção de um poder a mando do Executivo, para “depurar ou filtrar” aquilo que, ao seu subjetivo exame, revele-se inadequado à publicação, havendo, de outra parte, sujeição do conteúdo ao julgador, que, fundado em razões concretas e individuadas (não genéricas, como na atividade censora), proferirá a decisão, função única de sua investidura. Ademais, alerta para os funestos efeitos decorrentes de uma publicação ofensiva à honra ou à privacidade, cujo titular não detém meios suficientes e aptos para desfazer, com a prestação e penetração da imprensa, considerando o universo difuso de leitores ou espectadores, o que potencializa a lesão.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 110-1.

⁴⁵⁰ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade, p. 218-9. No mesmo sentido, Farias, assentando que o controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social é função típica reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional (In: FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 201-2), e também José Henrique Rodrigues Torres, dando realce à atuação judicial exclusivamente no caso concreto, amparado nos princípios da proteção judiciária, do direito de ação, do direito de defesa, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da iniciativa da parte, e deixando patente sua posição de que “[...] a imprensa é inatingível pela censura, mas não é imune ao controle jurisdicional, seja prévio ou posterior, em face dos princípios constitucionais mencionados”, tendo o cidadão o direito constitucional à proteção judicial, do qual não poderá ficar excluída a ação da imprensa. In: TORRES, José Henrique Rodrigues. “A Censura à Imprensa e o Controle Jurisdicional da Legalidade.” In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 705, p. 24-33, jul. 1994.

CAPÍTULO 3 - DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DOS PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO

3.1 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Fala-se de uma **colisão autêntica de direitos** fundamentais, um choque ou conflito de direitos, segundo Canotilho, “[...] quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”⁴⁵¹, ao passo que, no sentido impróprio, o embate ocorre quando o exercício de um direito fundamental se choca com outros bens protegidos constitucionalmente.⁴⁵²

No primeiro caso, exemplifica com a liberdade interna de imprensa (liberdade de expressão e criação dos jornalistas e sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação) e seu choque com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; a liberdade de criação intelectual e artística e sua colisão com direitos pessoais, como a honra, o bom nome, a imagem, a vida privada e íntima; no segundo grupo, alguns exemplos referidos são o direito da propriedade privada e eventuais restrições na transmissão, em face da necessidade de defesa do patrimônio cultural; o direito à liberdade e à segurança pessoal, e limitações decorrentes do bem “segurança pública”, etc.⁴⁵³

⁴⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1253.

⁴⁵² De forma precedente, o autor traça a distinção entre a colisão e a **concorrência de direitos fundamentais**, esta resultante do “[...] *cruzamento* de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de protecção de vários direitos, liberdades e garantias” (ex.: o direito de expressão e informação contata-se com a liberdade de imprensa, com o direito de antena e o direito de reunião e manifestação), ou da *acumulação de direitos*, em que determinado bem jurídico conduz à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais (ex.: para a eficaz protecção do bem “participação na vida pública”, é necessário sejam acumulados no cidadão vários direitos: direito de tomar parte na vida pública e nos assuntos políticos do País de um modo geral; direito de sufrágio; direito de liberdade partidária; direito de esclarecimento e informação sobre os atos do estado e gestão de assuntos públicos; direito de petição e ação popular; direito de reunião e manifestação). In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1251-53 (grifos do original).

⁴⁵³ Idem, p. 1254-55.

A impossibilidade da existência de um catálogo de direitos fundamentais sem colisão é destacada por Alexy, que classifica o fenômeno em sentido amplo e estrito, correspondendo às espécies imprópria e autêntica de Canotilho, respectivamente, e subdivide o segundo grupo em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais diferentes. Por sua vez, distingue quatro tipos de colisões de direitos fundamentais idênticos: no primeiro, o mesmo direito fundamental, em ambos os lados, é afetado como direito de defesa liberal; no segundo, o mesmo direito fundamental é afetado, porém, de um lado, como direito de defesa liberal, e de outro, como direito de proteção; no terceiro, o idêntico direito fundamental é envolvido, mas em sua acepção negativa, de uma parte, e de outra, na concepção positiva; por fim, a quarta variante da colisão dos mesmos direitos fundamentais agrega um componente fático ao aspecto jurídico do direito fundamental.⁴⁵⁴

No que tange ao tema objeto de nosso estudo, é freqüente observar o choque entre os direitos fundamentais da vida privada e os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação, ambos garantidos constitucionalmente de modo preferencial e derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem democrática.

Quando se fala em colisão entre os direitos à vida privada e à liberdade de expressão e informação, o que se quer dizer é que “[...] as opiniões e fatos

⁴⁵⁴ Os exemplos dados clarificam a distinção. Assim, no primeiro grupo, é citada a colisão do direito de manifestação de dois grupos políticos hostis na mesma ocasião e local; no segundo tipo, a colisão entre o direito à vida de um detentor de um refém e o direito à vida do próprio refém; na terceira espécie, o direito de ter e praticar uma crença, e o direito de não tê-la e de ser poupado de sua prática (aqui o autor cita uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que proibiu a colocação de cruzes ou crucifixos em espaços públicos escolares, fundado, dentre outros, na neutralidade religioso-política, que, pela similitude, traz à recordação a polêmica acerca da manutenção ou não dos crucifixos nas salas de audiências dos foros da Justiça Estadual do RS, que, ainda que não submetida à batalha judicial, foi mantida por decisão no Congresso Estadual de Magistrados, realizado em Livramento/RS no ano de 2005); por fim, na quarta espécie, é referida a igualdade jurídica, que, adicionada do elemento fático (questão econômica), poderá acarretar tratamento desigual. In: ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-79, 1999, p. 269-70.

relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente”.⁴⁵⁵

A situação conflituosa traz grande complexidade, não só no encontro de soluções concretas, como também do ponto de vista da elaboração normativa infraconstitucional, no estabelecimento de limites recíprocos ao exercício de direitos ou liberdades fundamentais, como na atuação dos meios de comunicação de massa. No centro do debate, são postas em questão “[...] as fronteiras inseguras e cambiantes entre o que é público e o que é privado, o que pode ou deve ser mostrado e o que deve permanecer velado, como parte do universo individual”.⁴⁵⁶

Ao mesmo tempo, deve-se ter em conta que a liberdade de expressão e informação é um direito fundamental que tem importante contribuição na formação da opinião pública pluralista, essencial em uma sociedade democrática, não podendo ser limitada a ponto de restar aniquilada; daí o surgimento do dilema a ser solvido, seja pelo legislador⁴⁵⁷, seja pela jurisprudência.⁴⁵⁸

É de se destacar que é o Poder Judiciário que concentra o principal papel na solução do problema proposto. Isso em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em especial, porque a colisão sempre se dá em concreto, e,

⁴⁵⁵ ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. apud FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 171.

⁴⁵⁶ FLACH, Daisson. “O Direito à Intimidade e à Vida Privada e a Disciplina dos Meios de Comunicação.” In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**, p. 381.

⁴⁵⁷ Um exemplo de resolução da colisão pelo legislador espanhol é o da Lei Orgânica 1/1982, que visa proteger os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem em face da liberdade de expressão e comunicação, fundando-se nos seguintes princípios: quando existente proteção penal de tais direitos, será preferente; a renúncia à proteção legal é nula, em um sentido genérico, sendo possível, outrossim, a existência de consentimento legitimador, prévio e expreso para intromissões concretas e específicas, revogável a qualquer momento; não serão apreciadas intromissões ilegítimas, acaso autorizadas por lei ou referentes a aspectos não reservados; nesse último aspecto, não se consideram intromissões ilegítimas: as autorizadas por lei ou acordadas pela autoridade competente; quando haja interesse histórico, científico ou cultural relevante e predominante; a reprodução ou publicação de imagens captadas em atos públicos ou abertos ao público; a captação, reprodução ou publicação de imagens de pessoas que exerçam cargo público ou profissão de notoriedade ou projeção pública, ou de sua caricatura, de acordo com o uso social; a informação gráfica sobre evento público, quando a imagem de pessoas apareça como acessório. Cf. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido apud FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 173-4.

⁴⁵⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 171.

ainda que os legisladores constituinte e ordinário possam dispor, em abstrato, sobre as hipóteses de colisão, não serão capazes de oferecer uma enunciação completa.⁴⁵⁹ Tal é, ademais, corolário de uma interpretação hermenêutica concretizadora, já que se parte do pressuposto que é o juiz que, ao compreender-interpretar-aplicar a lei, culmina o processo legislativo.

No direito brasileiro, são exemplos de solução legislativa dos conflitos a previsão acerca da antecipação dos efeitos da tutela e do próprio sistema das cautelares, em que se procura harmonizar os direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica⁴⁶⁰; as disposições contidas na Lei nº 9.296/96, que, ao regulamentarem a interceptação das comunicações telefônicas, buscam resolver o embate entre um direito fundamental à intimidade, que inclui o sigilo de dados e das comunicações, e o princípio da segurança pública⁴⁶¹; as hipóteses legais de exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez, em que se dispõem acerca da harmonização do direito fundamental à vida da mãe e à vida do feto.⁴⁶²

Apoiando-se na doutrina e jurisprudência espanhola, que julga aplicável também a nosso direito, Steinmetz finca posição de que o Poder Executivo não é competente para criar regras de solução de colisão de direitos fundamentais, seja mediante atividade normativa primária (medidas provisórias e leis delegadas), seja

⁴⁵⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.

⁴⁶⁰ Zavascki acentua não haver hierarquia entre os dois direitos fundamentais em comento, existindo um elemento fático – o tempo – que, modo especial, desencadeia os fenômenos de tensão entre eles, pois seu decurso é inevitável à garantia plena do direito à segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, de sorte que na solução legislativa através do instituto da antecipação da tutela, a opção foi pela última, o que, à vista de se tratar de restrição ao direito fundamental à segurança jurídica da parte demandada, há de ser interpretado de acordo com os limites admitidos pela lei, “compreendida como forma excepcional de prestar jurisdição”. ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais.” In: **Revista AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995, p. 401; 417.

⁴⁶¹ Sobre este tema em específico, veja-se a crítica de Streck, na defesa do direito fundamental à intimidade, asseverando que o Legislativo pecou no sopesamento dos direitos fundamentais em discussão, não tendo relevado adequadamente a pertinência e a aptidão, tampouco a necessidade, na redação da lei, enfatizando a proteção aos crimes contra o patrimônio, e se olvidando de defender a ordem econômica-social, cultural e ambiental, sendo que “[...] em grande parcela dos delitos punidos com reclusão, as medidas restritivas como a escuta *não* são indispensáveis para a conservação dos direitos do restante da sociedade”. In: STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**: Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102-3.

⁴⁶² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.*, p. 72.

mediante atividade normativa secundária (regulamentos) ou quaisquer outros atos normativos veiculados por meio de portarias, resoluções ou circulares. No que toca às leis delegadas, a Constituição é expressa (artigo 68, § 1º, II), ao passo que quanto às medidas provisórias, a conclusão decorre de uma interpretação constitucional sistemática.⁴⁶³

A tarefa de harmonização dos direitos fundamentais estudados passa pela compreensão do sistema normativo constitucional como um sistema aberto, composto de regras e de princípios, no qual aqueles têm caráter principal, e, portanto, a solução da colisão deverá levar em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, escolhendo-se qual deles prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro no caso concreto, e, desse modo, haverá que ser, por primeiro, determinado o âmbito de proteção dos direitos envolvidos (“Tatbestand”), a fim de constatar se há efetivo choque, e, em caso positivo, cumpre seja realizada a ponderação dos bens em conflito, orientada pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.⁴⁶⁴

3.1.1 Âmbito de Proteção de Direito Fundamental, Restrições e Limites

Tem-se, por âmbito de proteção, em sentido amplo,

[...] a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. Este âmbito é, tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente.⁴⁶⁵

Ele constitui-se, juntamente com o pressuposto de fato, no aspecto positivo da garantia jusfundamental, contrapondo-se às restrições (aspecto negativo), e se refere ao que é concedido *prima facie* pelas normas jusfundamentais, ou seja, sem

⁴⁶³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 72-3.

⁴⁶⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 120-2.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.187.

levar em conta as restrições.⁴⁶⁶ Por sua vez, no conceito estreito do âmbito de proteção, são excluídas, *a priori*, determinados casos práticos de exercício do direito fundamental.⁴⁶⁷

Somente se pode falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecido seu âmbito de proteção, consistindo, para Canotilho, na “primeira tarefa metódica” a análise da estrutura de uma norma de direito constitucional garantidora de direitos, a fim de definir quais os bens jurídicos protegidos e a extensão desta proteção, verificando se sofrem alguma restrição constitucional expressa (restrição imediatamente estabelecida pela Constituição)⁴⁶⁸ ou reserva de lei restritiva (a Constituição autoriza a lei a restringir o âmbito de proteção).⁴⁶⁹

Além destas, costumam ser referidas as restrições indiretamente constitucionais, mediante reserva de lei restritiva simples e qualificada, e as restrições constitucionais tácitas, em que nas primeiras, a Constituição não determina os requisitos ou qualificações para a lei, ao passo em que na segunda, a Constituição restringe a discricionariedade do legislador ordinário, fixando requisitos ou finalidade à lei restritiva; por fim, nas restrições tácitas, tem-se que a Constituição, modo implícito, autoriza o legislador e o Judiciário a restringirem os direitos fundamentais com o escopo de solucionar ou evitar os casos de colisão entre estes ou destes e dos valores protegidos constitucionalmente.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 292.

⁴⁶⁷ FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional, p. 34.

⁴⁶⁸ Estas restrições também são denominadas diretamente constitucionais, sendo discutido se representariam efetivas restrições ou se consistem em limites internos, que servem para a própria determinação do conteúdo do direito, sendo-lhe intrínsecos, ou seja, elementos constitutivos do seu suposto de fato, cf. GAVARA DE CARA, Juan Carlos apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 29. Para Alexy, são tidas como “cláusulas restritivas constitucionais expressas”, traçando ele a diferença entre *restrição*, que corresponde à perspectiva do direito, e *cláusula restritiva*, atendendo a perspectiva da norma, sendo a segunda a parte da norma de direito fundamental, que diz como está sendo ou pode ser restringido aquilo que o suposto de fato garante *prima facie*. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 277.

⁴⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.257.

⁴⁷⁰ FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, p. 37-8.

Porém, tais restrições devem ser consideradas com o máximo cuidado, adverte Miranda, a fim de evitar que, a seu pretexto, não sejam vulnerados direitos, garantias e liberdades da ordem constitucional. Sejam explícitas ou implícitas, as restrições pressupõem reserva da Constituição, sendo apenas dentro dela que poderão ser definidas e legitimadas.⁴⁷¹

Afora as restrições arroladas, alguns constitucionalistas trazem a noção de limites⁴⁷² imanentes, “limites máximos de conteúdo”, equiparando-os aos “limites do objeto”, ou seja, resultantes das particularidades e traços específicos do bem que determinado direito fundamental visa proteger, ou seja, daquela “parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa”. Eles podem ser expressos ou implícitos, não constituindo efetivas colisões de direitos, por ser a própria Constituição que exclui de sua esfera normativa diversas situações, ao enunciar os direitos, sendo relevante a diferença, uma vez que, em se tratando de limite imanente, não há que ser levado em conta o direito invocado, que, de fato, não existe naquela situação; de outra parte, existindo o conflito, estaríamos diante de um direito em face de outros direitos ou valores, e a solução não poderia sacrificar totalmente o direito invocado.⁴⁷³

Eles são compreendidos, por vezes, como “limites de não-perturbação”, traduzindo a idéia de que cada direito é limitado pela existência de outros; como a chamada “cláusula de comunidade”, ou seja, as “exigências mínimas da vida em sociedade”, sem as quais esta não subsistiria (direitos alheios, a lei moral e a ordem pública), concepções que pecam pela vagueza; outros, ainda, pretendem sejam os

⁴⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais, p. 332-3.

⁴⁷² Miranda distingue restrição de limite, em que a primeira tem a ver com o direito em si, sua extensão objetiva, afetando direito determinado, sendo atinente à sua compreensão ou “a amputação das faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas”, fundando-se em razões específicas, enquanto o limite ao exercício dos direitos é relativo ao modo de exteriorização através da prática de seu titular, decorrendo de razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos. O autor opta pela teoria externa, a qual também encampamos, conforme nota 430, capítulo “2”, retro. In: MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 329 e 336.

⁴⁷³ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 215-7. No sentido contrário ao do reconhecimento de tal espécie de restrições, veja-se a posição de Miranda, para quem a distinção pode conduzir a uma redução da extensão dos direitos, liberdades e garantias, pois “ou se trata da própria configuração constitucional dos direitos ou se trata de limites ao exercício de direitos, e não de restrições”. In: MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 333.

direitos fundamentais limitados, de modo imanente, pelas leis gerais civis ou penais, o que, por si só, significaria inverter a hierarquia normativa, razão por que a proposta de Viera de Andrade constitui uma mescla das três orientações, passando pela interpretação dos preceitos constitucionais que em cada um dos direitos fundamentais em jogo estejam previstos:

O que se pergunta em cada caso é se a esfera normativa do preceito em causa inclui ou não uma certa situação ou modo de exercício, isto é, até onde vai o domínio de proteção (a hipótese) da norma. Se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe. E então, o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido.⁴⁷⁴

A solução a que chega é semelhante à de Canotilho, vindo os limites imanentes a resultar de uma “ponderação de princípios jurídico-constitucionais”, que, em um caso concreto, rechace, modo definitivo, uma dimensão que, em um primeiro plano, estaria incluída no âmbito protetivo de um direito, liberdade ou garantia.⁴⁷⁵

É de ser realçado, contudo, que não só são restringidos e são restringíveis os direitos fundamentais em face de seu caráter de princípio, como sua restrição e “restringibilidade” também estão sujeitas à restrição.⁴⁷⁶ O que se está a falar é do chamado “conteúdo essencial” ou “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, que é explicado, do ponto de vista do valor, pelas teorias absoluta e relativa. Na primeira, o “conteúdo essencial”, “núcleo fundamental”, é determinado em abstrato, atinente a cada direito, e “intocável”, sem o qual o próprio direito deixaria de existir, correspondendo à “projeção da dignidade humana em cada direito”, uma “certa medida de valor social global”, que deveria restar depois de restringido o direito, ou, ainda, consistente nos “elementos típicos que dão caráter ao direito”; na segunda, o núcleo essencial é reconduzido aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade,

⁴⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 218-9.

⁴⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.264.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 286.

de modo que a restrição apenas seria legítima se exigida para a realização de bens jurídicos considerados mais valiosos no caso concreto, representando, em última análise, a harmonização de bens jurídicos, mediante critérios de concordância prática.⁴⁷⁷

De um outro prisma, destacam-se as teorias subjetivas e objetivas sobre a garantia do núcleo essencial, conforme se refiram à proibição de redução da disposição fundamental em casos concretos e individuais, ou de um modo geral e abstrato, a toda a vida social, abrangendo, indistintamente, todos os membros da comunidade, sendo Alexy partidário de uma aplicação conjunta de ambas, pois “el carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales habla en favor de um mantenimiento de la teoría subjetiva, por lo menos, al lado de la objetiva.”⁴⁷⁸

Ainda, fala-se no carácter restritivo das restrições, no sentido de que nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição, em preceitos ou princípios constitucionais, com o escopo de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de modo que as leis restritivas devem designar, modo expresso, os direitos em causa, indicando os princípios ou preceitos constitucionais em que se fundam; a restrição somente pode ser definida ou concretizada por lei, com carácter geral e abstrato, vedadas as leis gerais, não concretas, no domínio dos direitos, liberdades e garantias, não podendo, ademais, ter efeito retroativo, total ou parcial.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 233-4. Miranda não comunga da tese relativista, por confundir conteúdo essencial e proporcionalidade, mas ressalta a importância de fixar o percurso dos direitos, através de sua formação histórica, do cotejo comparativo, da jurisprudência, da proteção penal até chegar ao contexto constitucional, sempre atento à interpretação da lei de acordo com a Constituição, e não o inverso. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais, p. 341. Por sua vez, Alexy adota a tese relativista, enfatizando que a garantia do núcleo essencial não autoriza, frente ao princípio da proporcionalidade, nenhuma restrição adicional quanto à possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, mas sendo “equivalente a uma parte do princípio da proporcionalidade”, é uma razão a mais em favor de sua validade. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 291.

⁴⁷⁸ Idem, p. 288.

⁴⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 338-9.

3.2 CRIAÇÃO JUDICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA JURÍDICO

No sentir de Perelman⁴⁸⁰, a idéia de um sistema de direito, tal qual um sistema de lógica ou de matemática, encontra-se tão afastada da idéia do direito consuetudinário e do direito que emana de uma autoridade soberana, que somente pode ser concebida após um longo trabalho teórico. Assim, a tradição jurídica ocidental desenvolveu-se devido à contribuição do direito romano e do direito canônico, inspirando e completando as soluções regionais e nacionais; a própria idéia do sistema de direito positivo foi precedida por obras teóricas, que, sob influência do racionalismo, desenvolveram sistemas de direito natural ou racional, partindo do modelo de sistemas de geometria.⁴⁸¹

Contudo, a diferença entre o sistema jurídico e os demais sistemas formais, cuja construção tem forma rígida e signos unívocos, reside no fato de que estes não têm interação com os elementos que lhe são exteriores, contrariamente àquele, pois

se é verdade que o direito visa ao estabelecimento de uma ordem estável, que garantiria a segurança jurídica, a uniformidade (a igualdade perante a lei) e a previsibilidade, **ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que atue.** Com efeito, mesmo que se reconheça o papel específico do direito, a busca pela segurança jurídica, **a busca de um consenso social não lhe permite desprezar os valores que ele compartilha com a moral e a política, a saber: a justiça e o bem comum ou o interesse geral.** [...] Enfim, o caráter rígido, portanto estático, do sistema não poderia resistir indefinidamente às mudanças, de ordem técnica e cultural, ocorridas na sociedade. Com efeito, se o direito é encarado sob seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, **ele não pode ser indiferente às conseqüências de sua aplicação. Para adaptar-se a seu papel de meio, o direito deverá flexibilizar-se, introduzir em sua estrutura e em sua formulação elementos de indeterminação** [...] Daí resulta que, apesar do parecer de certos positivistas, preocupações ideológicas, de ordem moral, religiosa ou política, não podem ser alheias ao direito, pois exercem grande influência sobre a

⁴⁸⁰ Perelman, ao lado de Viehweg e de Toulmin, com suas obras sobre a retórica, a tópica e a lógica informal, fundaram os pilares da teoria da argumentação jurídica contemporânea, compartilhando entre si “[...] a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”. In: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito.** Teorias da Argumentação Jurídica, p. 45.

⁴⁸¹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 420-2.

efetividade do sistema e sobre a maneira pela qual as regras de direito são interpretadas e aplicadas.⁴⁸² (grifos inexistentes no original)

A idéia de um sistema interno e um sistema externo contrapostos é atribuída a Heck, tendo fundo positivista, pois em sua concepção originária, permitia concluir pela irrelevância do segundo. Tal merece ser superado pela síntese de ambos, pois sendo o Direito um fenômeno cultural, cuja existência depende da criação humana, sendo estruturado a partir da adoção de determinadas “bitolas de comportamento” pelos membros de um corpo social, mormente em face do desenvolvimento da sociedade e de sua complexidade, a demandar reduções dogmáticas (generalizações simplificadoras, que permitem a transmissão destes conhecimentos), o sistema externo é não só necessário, como imprescindível, pois é o seu manuseio que possibilitará o conhecimento das conexões materiais internas do Direito, e que, por isso, influenciará o sistema interno, sendo o inverso também verdadeiro. Estando a lógica imanente do Direito interligada às proposições externas necessárias ao seu estudo e aprendizagem, ambas formam um todo, cuja dissociação somente poderá ser feita mediante abordagens analíticas, razão por que, “quando se fala em sistema, no Direito, tem-se em mente uma ordenação de realidades jurídicas, tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização”, resultando daí também a importância dada à ordenação legislativa em face das soluções jurídico-materiais.⁴⁸³

Muitas vezes, o Direito é definido como um sistema de poder, sendo também comum a sua identificação como um sistema de normas, sendo ambas opiniões unilaterais, pois, conforme Aarnio,

El derecho no es únicamente un sistema de poder ni tampoco exclusivamente un sistema de normas. El derecho y la realidad social interactúan de muchas formas diferentes. Sin duda, el sistema jurídico es un producto de las relaciones de poder. [...] El efecto entre las estructuras básicas del derecho y la sociedad no es paralelo. El sistema jurídico

⁴⁸² PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, p. 423-4; 427.

⁴⁸³ CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. LXVII-LXIX (prefácio).

reinfluye en la sociedad, ya que el derecho forma también relaciones sociales.⁴⁸⁴

O sistema⁴⁸⁵ jurídico é definido por Canaris como uma ordenação axiológica ou teleológica - aqui entendida não no sentido estrito, de mera conexão de meios aos fins, mas no sentido mais lato, de cada realização de escopos e valores - de princípios gerais de Direito, cuja abertura aponta, do ponto de vista da qualificação do sistema como "científico", para um conhecimento científico incompleto, em que cada sistema científico é apenas um "projeto de sistema", exprimindo o estado dos acontecimentos do seu tempo, jamais podendo ser sua tarefa a de fixar o desenvolvimento do Direito em um determinado estado; de outra parte, a abertura, que leva em conta o aspecto "objetivo" do sistema, significa que, como unidade de sentido, ele, como a ordem jurídica, não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade. Assim,

[...] a abertura do sistema objetivo resulta da essência do objeto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenômeno colocado no processo da História, e, como tal, mutável [...] Retira-se, de fato, daqui, que a formulação do sistema jurídico - possivelmente em oposição a outras Ciências - nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável [...] a abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta - por razões exteriores à problemática do sistema - é admissível.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 30-1.

⁴⁸⁵ Cordeiro, que prefaciou e traduziu a obra deste autor para a língua pátria, apresenta os quatro requisitos do sistema, em consonância ao "novo pensamento sistemático", o qual é "capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os atuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade neles decorrentes", do qual é representante Canaris, ou seja: um sistema *aberto*, no duplo sentido de extensivo (por oposição a pleno, que admite questões a ele exteriores) e intensivo (oposto de contínuo, compatibilizando-se, em seu interior, com elementos materiais que lhe sejam estranhos); *móvel*, por não postular proposições hierarquizadas, mas intermutáveis; *heterogêneo*, apresentando em seu corpo, áreas de densidade diversas, que vão desde as coberturas integrais, representadas por proposições rígidas até às "quebras intra-sistemáticas" e as "lacunas rebeldes à analogia"; por fim, *cibernético*, ao atentar nas conseqüências das decisões que legitime, efetuando modificações e adaptações em razão destes elementos periféricos. CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. CXII-CXIII - prefácio.

⁴⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 66-112.

Outrossim, não se há que perder de vista que no dado, “[...] matéria prima da nossa vivência, realidade e valor se apresentam caoticamente entrelaçados”⁴⁸⁷, pois, ainda que disso não tenhamos consciência, tanto o valor como o desvalor advêm de nós, observadores, não das coisas ou dos homens a quem qualificamos. Assim,

O direito é obra humana e como tal só pode ser compreendido a partir da sua idéia [...] O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito do direito não pode ser determinado de modo diferente do que é dado, cujo sentido é o de tornar real a idéia do direito. O direito pode ser injusto (*summum ius – summa iniuria*), mas só é direito por ter o sentido de ser justo. Contudo, a própria idéia do direito, princípio constitutivo, e simultaneamente escala de valor para a realidade jurídica, pertence à atitude valorativa.⁴⁸⁸

Tendo o Direito uma natureza cultural, já que faz parte da categoria das criações humanas, cuja complexidade causal e evolução paulatina as dotam de imprevisibilidade, não é possível sua subsunção a modelos rígidos de lógica formal, sendo visto como fenômeno “pré-dado”; porém, de um outro ponto de vista, está assentado em decisões que se pretende sejam previsíveis, cuja variação obedeça a regras, que sejam estruturadas cientificamente, constituindo esses os dois pólos da realidade jurídica, ou seja, a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica, que se encontram em permanente tensão, na qual a idéia de sistema representa a “base de qualquer discurso científico, em Direito”, a favor da qual podem ser mencionados aspectos como o da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática; da identificação das instituições como sistemas de ações e interações; do Direito como um sistema de comunicações, dentre outros, e, em especial, “a necessidade de, na sua

⁴⁸⁷ Radbruch destaca quatro atitudes (atitude “cega para o valor”, atitude “valorativa”, atitude “que se refere a valores”, e atitude “que supera o valor”, sendo exemplos a atitude metodológica das ciências naturais; a atitude sistemática da filosofia; a atitude metodológica das ciências da cultura e a religião, respectivamente) correspondentes a uma forma quádrupla do dado: ser, valor, sentido e essência. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 05-10.

⁴⁸⁸ Idem, p. 10-1.

comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob pena de inabarcável complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um externo” .⁴⁸⁹

Parte-se, com Canotilho, da compreensão de um sistema jurídico do tipo aberto, composto de regras e princípios, em que se fala de sistema jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas⁴⁹⁰; de sua abertura, em razão da estrutura dialógica, cujas normas se mantêm porosas, a ponto de absorverem as alterações da realidade e das concepções mutáveis de “verdade” e “justiça”; de um sistema normativo, visto que as expectativas, relacionadas a valores, programas, funções e pessoas, são estruturadas por meio de normas; por fim, composto de regras e princípios, consistindo nas formas como se apresentam as normas do sistema.⁴⁹¹

Na atualidade, verifica-se a crescente perda de espaço das regras legais em face dos princípios, que passam a ocupar um local especial e central no sistema, por representarem, concomitantemente, os meios e os fins do Direito, e que, ao lado das regras, asseguram a unidade do sistema jurídico. O sistema combina com a idéia de abertura, fazendo do Direito “[...] ao mesmo tempo, um lugar de preservação e de inovação”, no qual ganha destaque o elemento da hierarquia, mais material do que formal, despido da qual aquele afundaria na irracionalidade.⁴⁹²

As normas ou regras são expressões de uma escolha axiológica, em que um valor é preferido, relativamente a outro, estando a mediação hierárquico-axiológica presente em todas as faces da conduta humana, revelando-se, pois, a hierarquização hermenêutico-axiológica em verdadeiro metacritério ordenador de todos os sistemas hermenêutico-jurídicos.⁴⁹³

⁴⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. LXI-LXVI (prefácio).

⁴⁹⁰ Bobbio explica que no sistema dinâmico, as normas que o compõem são derivadas umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do conteúdo, mas pela *autoridade* que as colocou, diferentemente do sistema estático, do qual são exemplo os ordenamentos morais. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 72-3.

⁴⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.143.

⁴⁹² PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74-85.

⁴⁹³ Idem, p. 85.

Tal hierarquização não deve ser realizada como aplicação de um “Direito livre”, havendo limites formais e substanciais a serem observados, conforme Freitas:

Hierarquizar é, pois, a nota suprema da interpretação jurídica como um todo. Hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidentemente transparece o papel concretizador do intérprete de ser o positivador que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. [...] Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito, por derradeiro. Fora de dúvida, o juiz (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica no processo.⁴⁹⁴

É de ser salientada a supremacia da Constituição, e seu papel de “topos conformador da atividade hermenêutica”⁴⁹⁵, trazendo unidade ao sistema, a “Lei das leis”, “Direito dos Direitos”, como bem se infere do conceito dado por Bonavides, para quem a Constituição é “o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.”⁴⁹⁶

Portanto, é no contexto de um sistema jurídico de um Estado democrático de direito, do tipo aberto, composto de regras e princípios, cuja unidade é conferida pela Constituição, que há de se pensar o papel criativo dos juízes, onde os direitos fundamentais e os princípios apresentam-se como importantes nortes orientadores, por traduzirem valores que consubstanciam a própria ideologia do Estado e da cidadania.

⁴⁹⁴ FREITAS, Juarez. “O Intérprete e o Poder de dar Vida à Constituição.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230-1.

⁴⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 445, citando Rui Medeiros, explicita quatro funções da Constituição no desenvolvimento de referida tarefa: função de apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos interpretativos; função de escolha entre várias soluções que não se mostram incompatíveis com a letra da lei; função de correção dos sentidos literalmente possíveis; função de revisão da lei através da atribuição à constituição de um peso decisivo e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação.

⁴⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 585.

3.2.1 Os juízes e sua vinculação aos direitos fundamentais

No exercício da jurisdição, cumpre aos juízes a defesa dos direitos fundamentais; porém, sua posição não está adstrita a esta tarefa, devendo a questão ser analisada, igualmente, sob o enfoque de sua vinculação a tais direitos.

Dois modos de concretização ou efetivação dos direitos, liberdades e garantias pelos tribunais são destacados por Canotilho, a saber: o *processo* justo aplicado no exercício da jurisdição, e a *determinação* e *direção* das decisões judiciais pelos direitos fundamentais materiais. No primeiro aspecto, releva notar que a constituição dos tribunais e o processo judicial estão “constitucionalizados”, de modo que o direito processual e os direitos fundamentais desenvolvem uma “eficácia recíproca”, em que a compreensão do primeiro se faz à luz dos segundos, os quais, por sua vez, influenciam aquele.⁴⁹⁷

É o que faz alguns autores considerarem o processo como verdadeiro “*direito constitucional aplicado*”, não podendo ser compreendido como mera técnica, mas como “instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”.⁴⁹⁸ Assim, os direitos fundamentais reclamam, além de normatização densificadora, formas adequadas de organização e regulamentação de procedimentos, a garantir sua efetividade e eficácia, onde desponta a importante participação no processo para a construção da decisão justa - vista ela mesma como direito fundamental – em que o acesso à jurisdição deve ser garantido e o devido processo legal respeitado, além de ponderados os valores da efetividade e da segurança jurídica.⁴⁹⁹

Nessa seara, despontam os fatores externos do formalismo, em que devem ser considerados os fins do processo, em suma, os valores ideais que por meio dele se pretenda atingir, aqui se destacando como os mais relevantes a justiça, a paz social, a segurança e a efetividade. A *justiça* reflete a finalidade jurídica do processo,

⁴⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 444.

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais.” In: **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 261.

⁴⁹⁹ Idem, p. 269-74.

guardando relação íntima com a atuação concreta do direito material em sentido amplo, representado no amplo espectro de situações subjetivas de vantagem que a ordem jurídica outorga aos sujeitos de direito, sem que se olvide da autonomia conferida ao direito processual, que, entretanto, não pode colocar em risco a igualdade jurídica que é assegurada na norma material, restando afastada, dessarte, a possibilidade de um órgão judicial com poderes incondicionais, como se fora o “senhor do processo”. A justiça guarda íntimo liame com o valor *segurança*, exigindo respeito ao direito objetivo como um todo, sendo relevante observar o exercício da jurisdição de um ponto de vista amplo, como soma de todos os casos decididos em determinado Estado.⁵⁰⁰

O valor justiça pode ser apontado como a síntese do objetivo da jurisdição no plano social, pois a simples eliminação dos conflitos sem ela representaria uma série de barbáries, gerando apenas frustrações sociais. O juiz há de se orientar pelas disposições contidas no ordenamento jurídico substancial, estando, ainda, aberto às pressões axiológicas da sociedade e suas alterações, de modo a se manter afinado aos critérios de justiça vigentes, sensível aos valores sociais, donde se repudia um julgador indiferente e a identificação do processo como mera técnica, visto este como “[...] instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso”.⁵⁰¹

Já, a *paz social* implica na eliminação do conflito com presteza, utilizando-se meios idôneos para tal fim, havendo de ser buscada uma maior eficiência na administração e a necessária avaliação de proporcionalidade entre os meios disponíveis e o fim buscado, em que a economia processual demanda um juiz ativo e diretor do processo, contribuindo a que se chegue ao seu fim pelo meio mais célere possível, sem, contudo, derrogar normas processuais válidas ou desrespeitar as garantias das partes e a igualdade formal do curso do procedimento, o que redundaria em arbítrio judicial. Em tempos de uma justiça humanizada e que se afasta do sagrado, assumindo características de

⁵⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 65-7.

⁵⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 359-61.

serviço público custeado pelo contribuinte, deverá fornecer aos seus clientes serviços céleres, eficientes, com boa qualidade, custo baixo e acesso facilitado.⁵⁰²

A universalidade da jurisdição, admitindo-se o maior número possível de pessoas e conflitos ao processo, a indicação dos melhores caminhos à consecução do processo e a alerta aos riscos de injustiça somente têm razão de ser porque se espera que, com isso, sejam alcançados resultados práticos passíveis de mudar a situação das pessoas envolvidas, sobrelevando a dimensão instrumental e teleológica do discurso. Assim, o sistema deve estar apto a produzir decisões que propiciem a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos, que sejam úteis e efetivas.⁵⁰³

O valor *efetividade*, estreitamente relacionado à consciência do caráter público do processo, além de influenciar no alargamento do objeto da tutela jurisdicional, orienta a criação de novos meios jurisdicionais, capazes de atender as pretensões de modo eficiente e eficaz, culminando na efetiva realização dos direitos, do que são exemplos a ampliação da tutela cautelar; a vasta utilização de remédios jurídicos de índole antecipatória e satisfativa; a preferência dada à tutela *in natura* das obrigações de fazer e não fazer, bem como a primazia da tutela preventiva.⁵⁰⁴

Porém, a efetividade que se quer não é aquela preocupada, tão-somente, com a *performance*, denominada por Oliveira de "efetividade ruim", indiferente à justiça:

[...] a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão. [...] Nessa perspectiva, dois aspectos devem ser

⁵⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 67-69.

⁵⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 364-65.

⁵⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Op. cit.*, p. 70-1.

destacados: a necessidade de um maior informalismo e a acentuação do princípio fundamental da cooperação entre o órgão judicial e as partes.⁵⁰⁵

Assim é que a velha concepção do processo como instituto de tutela jurídica de direitos subjetivos privados, batalha privada entre as partes, em que o juiz é ator passivo, e os interesses em jogo não interessam ao Estado, em sua feição liberal, vai dando lugar à nova visão do processo, mais abrangente, como resultado de uma cooperação entre as partes e o juiz, verdadeira “comunidade de trabalho”, possibilitando a que este chegue a uma decisão justa e verdadeira, que restabeleça a paz jurídica e, em última análise, atue na defesa de interesses maiores da sociedade, implicando uma maior atividade judicial, tanto na busca de rápida solução ao litígio, como no combate de eventuais desvios provocados pelas partes.⁵⁰⁶

O juiz há de participar mais intensamente no processo e na investigação dos fatos, assumindo direção efetiva do processo, sendo seu dever advertir os contendores quanto à existência de irregularidades ou omissões em seus pedidos e alegações, exercendo função supletiva e auxiliar, convertendo-se em participante ativo do “jogo”. Estabelecendo-se uma cooperação entre o juiz e as partes, há que ser recuperado o valor essencial do diálogo na formação do juízo, daí decorrendo a importância do contraditório para o processo justo, constituindo a sentença resultado do trabalho conjunto dos sujeitos do processo. A cooperação exige um juiz ativo, mas também partes ativas e com poderes fortalecidos, afastando-se a visão autoritária do magistrado, em um restabelecimento do caráter isonômico e mais equilibrado do processo, no que tange aos poderes do juiz e das partes e seus representantes, o que vem ao encontro do princípio da dignidade humana e dos valores intrínsecos à democracia.⁵⁰⁷

O aumento do poder do órgão judicial não pode, todavia, implicar em uma total indefinição, sendo inadequado que o juiz possa criar, livremente, a regra

⁵⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “Efetividade e Processo de Conhecimento”. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXVI, n. 75, p. 120-35, ago. 1999, p. 122-27.

⁵⁰⁶ NIESE, Werner, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 71-2.

⁵⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXX, n. 90, p. 55-84, jun. 2003, p. 58-64.

processual que entenda mais conveniente para determinado procedimento, o que resultaria em arbítrio e prejuízo à igualdade substancial das partes e à certeza jurídica. Nesse ponto, também a cooperação exerce relevante papel, por meio da qual a sociedade exerce o controle, amparada nos princípios, garantias e técnicas que formam o processo, funcionando o dever de motivação das decisões, o atendimento às formalidades legais na produção das provas, a publicidade do procedimento e o duplo grau de jurisdição como proteção ao arbítrio judicial, limitando a pessoalidade das decisões.⁵⁰⁸

Já, em um segundo enfoque, os direitos fundamentais vinculam os atos jurisdicionais como “normas de decisão”, “medidas de decisão material-jurisdicional”,⁵⁰⁹ vislumbrando-se a obrigação dos juízes e tribunais, na interpretação e integração, de outorgarem às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível (função positiva),⁵¹⁰ vindo a ser o Judiciário, em especial, a Jurisdição Constitucional, que, em última análise, definirá, para si e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, no exercício do controle da constitucionalidade (função negativa).⁵¹¹

Dessa feita, “os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito”,⁵¹² entendimento do qual não discrepa Klaus Stern, para quem a lei não é a palavra final, pois acima dela, situa-se a Constituição, que está comprometida com o Estado de Direito, limitando o legislador, para quem deve servir como norte, em especial, no que tange às regras de direitos fundamentais, cuja observância é controlada pelos tribunais, que “[...] são a pedra final no edifício do Estado de Direito”, devendo ter consciência de sua extraordinária responsabilidade.⁵¹³

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”. In: **Revista da AJURIS**, p. 59, 79-80.

⁵⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 445.

⁵¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais, p. 320.

⁵¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 369.

⁵¹² Idem, citando Rudolf Dolzer (org.). In: **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 370.

⁵¹³ STERN, Klaus. “O Juiz e a Aplicação do Direito.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 515.

Nesse ponto, sobressai o processo interpretativo/hermenêutico como verdadeira condição de possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, que deverá ser realizado tendo-se em conta a concepção que se tem de Estado, de Constituição e de cidadania.

Nesse sentido, leciona Bonavides:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da constituição – a uma indeclinável concepção de Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo inteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da constituição.⁵¹⁴

Sob esse enfoque, a Constituição não pode ser compreendida meramente como lei, na esteira do positivismo legalista, atrelado à função judicial declaratória, silogística e dedutivista, mas haverá que ser entendida como *direito* (teoria material da constituição), ao qual pertence a tarefa da nova hermenêutica, que leva em conta os princípios e os valores, formativos do tecido material e do substrato estrutural, tanto da Constituição, como dos direitos fundamentais.⁵¹⁵

Assim, a Constituição assegura uma unidade do ordenamento, especialmente, sobre a estrutura de uma “ordem de valores materiais”, nela expressos, por vezes, através de princípios gerais de Direito, e em outras, de maneira formal e destacada, que orientarão a interpretação de todas as outras normas. Ditos valores não são “simples retórica”, não são “simples princípios

⁵¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 581.

⁵¹⁵ Idem, p. 582.

programáticos”, mas constituem “a base inteira do ordenamento”, a qual irá lhe dar o sentido próprio, e presidir a sua interpretação e aplicação.⁵¹⁶

No período em que surgiu o Estado de Direito, em sua conotação mais liberal, a separação dos poderes, sua organização e equilíbrio, constituía o ponto mais sensível e delicado, esfera de tensão que hoje foi transferida à seara dos direitos fundamentais, fazendo nascer a figura do “juiz social”, o qual deverá incorporar uma ampla e firme “pré-compreensão das questões sociais”, e aguçada sensibilidade no que tange aos direitos fundamentais e à nova dimensão, concreta e objetiva, do quadro social da ordem jurídica.⁵¹⁷

Na reconciliação do cidadão, da sociedade e do Estado, em que a Constituição converte-se, de ordenamento jurídico do Estado, em ordenamento fundamental da Sociedade, há de se compreender a interpretação da Constituição como um processo de *concretização*, em especial, dos direitos fundamentais, adequado à “nova hermenêutica”, introdutora deste conceito, cuja aplicação exigirá do intérprete “[...] diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento”.⁵¹⁸

Fala-se de uma “integração vertical” do processo de realização do Direito, em que são considerados o pré-entendimento e os aspectos sinépticos⁵¹⁹ das decisões, de modo que “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a decisão: todo o Direito é chamado a depor”⁵²⁰,

⁵¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1994, p. 97-8.

⁵¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 586-7.

⁵¹⁸ Idem, p. 588-91.

⁵¹⁹ A sinéptica, cuja origem remonta ao utilitarismo, de Bentham a Jhering, precisado por Bierling, que exigiu o questionamento acerca do escopo perseguido pelo legislador, quando da interpretação, avança, a fim de que, nos modelos de decisão, sejam observadas as conseqüências respectivas, uma vez que estas podem inviabilizar os objetivos da lei e do Direito, e seu desprezo enfraquece a mensagem normativa. Assim, é a sinéptica “um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicado a ‘pensar em conseqüências’, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões”. Cf. CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. CX-CXI: prefácio.

⁵²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. CXI (prefácio)

lidando-se com seus diversos ramos, articuladamente, com relevo à Constituição, cuja interpretação lhe há de ser conforme, os diversos dados normativos relevantes e, inclusive, os níveis instrumentais, como o processo.⁵²¹

Dentre os princípios norteadores do método hermenêutico concretista, destacam-se o da *unidade da Constituição*, em que esta é considerada um sistema unitário de normas e procedimentos⁵²²; o do *efeito integrador*, ditando a necessidade de adoção de critérios que otimizem a integração política e social, dando solução de continuidade à unidade política⁵²³; o da *conformidade constitucional*, em que se fixa o âmbito da competência funcional atribuída aos órgãos que atuam no processo interpretativo constitucional; o da *eficiência ou interpretação efetiva ou máxima efetividade*, que imprime à norma constitucional a maior eficácia possível, em especial, quando se cuida dos direitos fundamentais, em que, no caso de dúvida, há de ser preferida a interpretação que lhes reconheça a maior eficácia⁵²⁴, tendo, outrossim, especial incidência para a interpretação dos direitos fundamentais através do princípio *in dubio pro libertate*, cujo escopo é o de obter a máxima expansão do sistema de liberdades constitucionais⁵²⁵; o da *força normativa da Constituição*, que dá primazia aos argumentos que fornecem a máxima eficácia possível e atualização

⁵²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. CXI-CXII (prefácio).

⁵²² Canotilho anota que a consideração da Constituição como sistema aberto de regras e princípios dá utilidade ao princípio em comento, qual seja, o de unidade hierárquico-normativa, significando que todas as normas contidas em determinada constituição formal têm igual dignidade, refutando, em face disso, a tese das antinomias normativas e das normas constitucionais inconstitucionais, exigindo uma "coerência narrativa" do sistema jurídico, obrigando o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade, procurando harmonizar os pontos de tensão existentes entre as normas a concretizar. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.167-68; 1.207.

⁵²³ Perez Luño ressalta que este princípio, que é corolário da "teoria da integração", de Rudolf Smend, tem íntima relação com os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática (Konrad Hesse), pois é a partir da compreensão de que a norma constitucional promove a formação e a manutenção de uma unidade política, que se pensa em uma interpretação orientada a potencializar as soluções que reforcem tal unidade, mediante fundamentos normativo-constitucionais, destaca, sob pena de se converter em instrumento de ação política. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitución, p. 277.

⁵²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.208.

⁵²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Op. cit.*, p. 278.

normativa às normas constitucionais⁵²⁶; o da *interpretação conforme a Constituição*, técnica de decisão no controle da constitucionalidade, em que se busca a interpretação cujo sentido encontre conformidade à Constituição⁵²⁷; por fim, o *princípio da concordância prática ou da harmonização*, cujo escopo é o de solucionar os conflitos entre bens jurídicos de forma coordenada, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifício de uns em relação a outros.⁵²⁸

3.2.2 Direitos Fundamentais, Regras, Princípios e Valores

No plano constitucional, os direitos fundamentais aparecem positivados através de dois sistemas: das cláusulas gerais (*lex generalis*), em que os direitos fundamentais são consagrados na forma de valores ou princípios, e casuístico (*leges speciales*), em que são positivados como normas específicas, nas quais é pormenorizado seu alcance, métodos que comumente são combinados em um

⁵²⁶ Canotilho e Vital Moreira preferem a denominação “preeminência normativa”, deixando assente que a Constituição “ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico”, não podendo ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo, tendo todas as outras normas que se conformarem com ela, impondo-se ao próprio legislador, “que deve dinamizar, mas não pode subverter as imposições constitucionais”, sendo sua principal manifestação a que diz com o fato de que “toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela” (princípio da *interpretação conforme a Constituição*), ladeada pela consideração de invalidade das normas de direito ordinário que não lhe forem conformes, havendo de ser anuladas pelo Tribunal Constitucional, não aplicadas, bem como pela sua aplicação direta, mesmo sem lei intermediária ou contrária, salvo quando não exequíveis por si mesmas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 45-6.

⁵²⁷ Segundo García de Enterría, a origem do princípio que determina a interpretação de todo o ordenamento conforme a Constituição está no processo de constitucionalidade das leis, pois antes da declaração de inconstitucionalidade, o juiz deverá tentar encontrar, pela via da interpretação, uma concordância deste ato normativo com a Lei Maior. O princípio, formulado pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, dita que uma lei não deve ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com a Constituição, e, relacionando-o com uma verdadeira “presunção de constitucionalidade das leis”, implica, de um ponto de vista material, a existência de uma confiança outorgada ao legislativo, quanto à observância e interpretação correta dos princípios constitucionais; uma lei não poderá ser declarada inconstitucional, a não ser quando haja “dúvida razoável” sobre sua contradição à Constituição; por fim, nos casos em que a redação da lei é tão ampla, que permita sejam inferidas interpretações inconstitucionais, sempre que “razoavelmente possível”, a interpretação com a qual será aplicada a lei é aquela que se mantenha dentro dos limites constitucionais. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**, p. 95-6.

⁵²⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis. “Algumas Notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais.” In: GRAUS, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (org.), **Estudos de Direito Constitucional**: em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 236-7.

sistema misto; daí se dizer que os direitos fundamentais são formulados como valores, princípios e normas específicas (regras).⁵²⁹

Entender o alcance de cada uma destas categorias é relevante à interpretação dos direitos fundamentais, bem como à resolução das situações de colisão entre eles, cuja tarefa, quando não delineada pelo legislador, é atinente ao Judiciário, constituindo relevante papel da hermenêutica constitucional na atualidade.

A conceituação dos direitos fundamentais de Alexy é amparada na definição de “norma de direito fundamental”, em que assevera haver íntimo liame entre ambos; segundo o autor, sempre que alguém possui um direito fundamental, há uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito, sendo o segundo conceito (de norma de direito fundamental) mais amplo; partindo da definição semântica de norma, como o significado de um enunciado normativo⁵³⁰, e deixando assente que uma mesma norma pode ser expressa através de diferentes enunciados normativos, Alexy define as normas de direito fundamental como “aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental”.⁵³¹

Dois problemas decorrentes da conceituação apresentada são apontados por ele, a saber: um, há necessidade de um critério distintivo entre os enunciados da Lei Fundamental que expressam normas de direito fundamental daqueles que não o fazem, os quais chama de disposições de direito fundamental⁵³²; dois, é preciso saber se as normas de direito fundamental são apenas aquelas expressadas por enunciados da Lei Fundamental. Para responder a questão, Alexy opta por um critério formal, pelo qual todos os enunciados constantes do capítulo “direitos fundamentais” são disposições de direito fundamental, independentemente da

⁵²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, p. 286.

⁵³⁰ Neste aspecto, não se há de esquecer a crítica fundada, levada a efeito por Friedrich Muller, de que Alexy confunde norma com texto da norma, os quais, segundo aquele, não se identificam, conforme já se deixou assentado no primeiro capítulo, item “1.2.1”.

⁵³¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 47-53; 62.

⁵³² Aqui, para Müller, o correto seria “texto”, enquanto o que Alexy denomina de “norma de direito fundamental” corresponderia ao “programa normativo” de Müller (cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 75).

estrutura ou do conteúdo, reconhecendo, entretanto, a existência de outras normas de direito fundamental, localizadas fora de tal seção (normas “satélite” de direito fundamental ou anexas), mas que podem ser referidas diretamente a uma norma de direito fundamental expressamente estatuída, em virtude de uma fundamentação jusfundamental correta, daí se extraindo a existência de dois grupos de normas de direito fundamental: as diretamente estatuídas pelo texto constitucional e as que podem ser a ela adscritas.⁵³³

Ambos os grupos, porém, pressupõe o que Alexy chama de fundamentação jusfundamental correta, embora baste, para as normas de direito fundamental diretamente estatuídas, uma referência ao texto da Constituição.⁵³⁴

Quanto ao segundo grupo, Pardo explica cuidar-se de uma “relação de precisão”, por meio da qual uma disposição constitucional é considerada norma de direito fundamental, por referir-se à outra norma de direito fundamental, expressamente estatuída, ou seja, é outorgada ao processo de argumentação jurídica⁵³⁵ a tarefa de definir as normas de direito fundamental anexas, sendo inviável indicar um procedimento que conduza a um único resultado em cada caso. Para este autor, é evidente que a possibilidade de efetuar uma fundamentação jusfundamental correta é o principal critério para definir se uma norma constitucional é uma norma de direito fundamental, sendo que, no caso brasileiro,

[...] ocorre uma adscrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental a partir de uma fundamentação jusfundamental correta que demonstra que eles atendem às exigências de dignidade, liberdade e igualdade e, ademais, que levam em conta as condições do disposto no § 2º do artigo 5º da CF⁵³⁶. Dessa forma, uma das exigências elementares no

⁵³³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 62-71.

⁵³⁴ Idem, p. 73.

⁵³⁵ Sobre a argumentação jurídica e seu papel, ver mais adiante, crítica de Streck, à qual aderimos (item “3.3”).

⁵³⁶ Artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

sentido do reconhecimento desses direitos não escritos será sua não contrariedade com o regime e os princípios adotados pela Constituição.⁵³⁷

Um caráter duplo às normas de direito fundamental é reconhecido por Alexy, uma vez que, através das disposições jusfundamentais, são estatuídos dois tipos de normas: as regras e os princípios.⁵³⁸

A partir da obra de Dworkin, Alexy fez a distinção entre as duas espécies de normas de direito fundamental (regras e princípios), que considera a mais relevante para a teoria dos direitos fundamentais, por constituir a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, da qual dependem uma teoria adequada dos limites, uma teoria satisfatória da colisão, e uma teoria suficiente acerca do papel que os direitos fundamentais desempenham no sistema jurídico.⁵³⁹

Valendo-se das posições de Hart como alvo, Dworkin fez uma crítica ao positivismo, e, para tanto, elaborou uma distinção entre princípios e diretrizes políticas ("*principles and policies*"), denominando diretriz política ("*policy*") o tipo de padrão ou *standard* que determina um objetivo a ser alcançado, em geral, representando uma melhora no aspecto econômico, político ou social de certa comunidade, ao passo que o princípio ("*principle*") é o padrão a ser observado em função de um requisito de justiça, equidade ou outra dimensão moral. Outrossim, traça ele a diferenciação entre princípios jurídicos e regras jurídicas ("*legal principles and legal rules*"), como uma distinção lógica, consistente no tipo de direções dadas por cada um; as regras são aplicadas no modo do "tudo ou nada" ("*all-or-nothing fashion*"), ao passo que os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que se seguem, automaticamente, quando configuradas as condições ditadas.⁵⁴⁰

⁵³⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84-6.

⁵³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 135.

⁵³⁹ Idem, p. 81.

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 22-5.

Assim, após deixar assente que tanto as regras como os princípios são normas, porque “dizem o que deve ser”, sendo formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado - a permissão e a proibição – e referir ser o critério da generalidade o mais utilizado na diferenciação (segundo o qual, o grau de generalidade dos princípios é relativamente alto, e o das regras, baixo), Alexy propõe a adoção do critério qualitativo, pelo qual

[...] los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁵⁴¹ (grifos constantes do original.)

Uma análise crítica dos diversos critérios distintivos utilizados foi realizada por Ávila, que propõe seja reformulado o critério que denomina atinente ao “modo final de aplicação”, pois a forma de aplicação não é determinada pelo texto objeto de interpretação, decorrendo, pelo contrário, de conexões axiológicas que são “construídas”, ou, pelo menos, intensificadas pelo intérprete, o que poderá resultar na modificação do carácter absoluto da regra após a consideração das circunstâncias do caso, razão por que é inadequado afirmar que as regras têm um modo absoluto (“tudo ou nada”) de aplicação, podendo ser superadas (não aplicadas, apesar de satisfeitas as condições) por motivos considerados pelo aplicador superiores aos justificadores da regra, mediante fundamentação, havendo, ainda, a possibilidade de que sejam aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na aplicação analógica; além disso, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, cumprindo ao intérprete decidir acerca de sua incidência ou não no caso concreto, sendo a vagueza elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja princípio, seja regra; por fim, contesta sejam os princípios aplicados de modo gradual, mais ou menos, pois é o estado de coisas que pode ser mais ou menos

⁵⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 81-7.

aproximado, revelando a confusão entre a norma e seus aspectos exteriores, atinentes à aplicação.⁵⁴²

A distinção torna-se bastante clara nas “colisões dos princípios” e nos “conflitos das regras”, preceitua Alexy, sendo comum a ambos o fato de que duas normas, aplicadas de modo independente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, a dois “juízos de dever ser jurídico contraditórios”, diferenciando-se quanto ao modo de solucionar o conflito. Nas regras, o embate há de ser resolvido pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou mediante a declaração de invalidade de uma delas (através de regras como “lex posterior derogat legi priori” e “lex specialis derogat legi generali”, ou mesmo de sua importância), enquanto que na colisão dos princípios, a solução é obtida pela precedência de um em relação ao outro, de acordo com as circunstâncias postas.⁵⁴³

Desse modo,

los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.⁵⁴⁴

Também em Dworkin, a regra pode ter exceções, que, todavia, deverão constar de seu enunciado, sob pena de ser incompleta, não vislumbrando razão para que todo o rol de exceções não esteja expresso, considerando que, quantas mais houver, mais acurado é o seu enunciado, no que é severamente combatido por Alexy.⁵⁴⁵

⁵⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-42.

⁵⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 87-9.

⁵⁴⁴ Idem, p. 89. Dworkin já chamara a atenção para a dimensão de peso ou de importância dos princípios (“dimension of weight or importance”), a qual não têm as regras, uma vez que quando os primeiros colidem, a solução haverá de levar em conta o peso de cada um, enquanto que no conflito das segundas, uma delas não poderá ser válida; o próprio sistema jurídico há de regular situações tais, mediante critérios de autoridade, precedência, especificidade ou mesmo de acordo com a importância dos princípios que lhe servem de suporte. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p. 26-7.

⁵⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 24-5. Ver crítica em ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 99.

Aqui, registra-se a crítica de Ávila ao critério do “conflito normativo”, por ser inapropriado dizer que a ponderação seja método privativo de aplicação aos princípios, podendo igualmente ser usada no caso das regras (no nível da validade, plano da aplicação), as quais também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado, “mediante um processo de ponderação de razões”, como na relação regra/exceção, além de ser verificada na delimitação das hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos; na decisão acerca da aplicabilidade de precedente judicial ao caso objetivo; na utilização de formas argumentativas, como a analogia e a argumentação em contrário; em decorrência do exposto, incorreta também a assertiva de que somente os princípios possuam dimensão de peso, sendo a dimensão axiológica elemento integrante de qualquer norma jurídica, e mesmo inapropriado afirmar que aqueles possuem dimensão de peso, que não é atributo abstrato dos princípios, porquanto “[...] não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma [...], mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador”, sendo obra da decisão a atribuição a eles de peso em função das circunstâncias do caso concreto.⁵⁴⁶

Outrossim, o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios é destacado por Alexy, em que estes, por ordenarem algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, e por apresentarem razões, as quais podem ser desprezadas em detrimento de motivos divergentes, não definindo o modo de solução do choque entre eles, não contêm mandados definitivos, mas apenas *prima facie*; por sua vez, aquelas exigem que se faça exatamente o que dispõem, contendo uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, a qual pode fracassar, conduzindo à invalidade, ou, do contrário, valer definitivamente, daí se falar de seu caráter definitivo.⁵⁴⁷

Adverte o autor que nem todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie*, tampouco as regras idêntico caráter definitivo, contrariamente ao percebido

⁵⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 44-51.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 99.

por Dworkin, sendo necessário um modelo diferenciado, que, no caso das regras, introduza cláusulas de exceção, as quais sequer do ponto de vista teórico, seriam passíveis de enumeração. Porém, ainda dentro deste contexto diferenciado, o caráter *prima facie* das regras é distinto dos princípios, pois ainda que elas tenham seu caráter definitivo debilitado, não se equivalerão ao deles, e mesmo quando estes (os princípios) tenham seu caráter *prima facie* reforçado, não obterão a idêntica característica das regras.⁵⁴⁸

É introduzido, ainda, o conceito de “princípios formais”, sendo aqueles que estabelecem que regras que são impostas por uma autoridade legítima devem ser seguidas, não devendo ser abandonada uma prática transmitida sem fundamento. Quanto mais peso se der a tais princípios em um ordenamento jurídico, tanto maior será o caráter *prima facie* das suas regras, de modo que somente se àqueles não se desse nenhum peso, restaria como conseqüência o fim da validade das regras enquanto tais, e as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*.⁵⁴⁹

De acordo com a crítica de Ávila, o critério hipotético-condicional, fundamentado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma conseqüência, as quais são pré-determinadoras da decisão, cuja fórmula de aplicação é “se, então”, enquanto os princípios somente indicam o fundamento a ser empregado pelo aplicador para que encontre a regra ao caso concreto, embora seja relevante, ao permitir verificar que “as regras possuem um elemento frontalmente descritivo”, e “os princípios apenas estabelecem uma diretriz”, peca pela imprecisão, porquanto não fornece os fundamentos indicativos do que signifique “dar o primeiro passo para encontrar a regra”, além de dar a entender que a regra seria o último passo à descoberta do conteúdo normativo, o que não é verdadeiro,

na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o último passo não é

⁵⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 99-101.

⁵⁴⁹ Idem, p. 100.

dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa [...]”⁵⁵⁰

Continua a crítica, asseverando que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística, não elemento distintivo de uma espécie normativa, ou seja, tal é característica do modo de formulação, não podendo ser atribuída a apenas uma categoria de normas; ademais, ainda que um dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Legislativo, não está afastado de ser tido como princípio pelo intérprete, já que este é que fará a interpretação jurídica, de acordo com as conexões valorativas que, a partir da argumentação, serão intensificadas ou não, em consonância à finalidade a ser alcançada, podendo os dispositivos ora assumir a feição de regras, ora a de princípios; por fim, os princípios também possuem conseqüências normativas, não sendo o ponto decisivo “[...] a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de conseqüências, que é algo diverso”.⁵⁵¹

Assim, qualificando sua proposta como “heurística”, concebendo as normas como construções do intérprete, a partir dos dispositivos e significado usual, efetuando uma dissociação em “alternativas inclusivas”, ao admitir a coexistência de mais de uma espécie normativa em face de um mesmo dispositivo, valendo-se dos critérios da natureza do comportamento descrito; da natureza da justificação exigida; da medida de contribuição para a decisão⁵⁵², Ávila apresenta seu conceito de regras e princípios:

as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

⁵⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 31-2.

⁵⁵¹ Idem, p. 32-5.

⁵⁵² Nestes aspectos, conclui Ávila que, do ponto de vista da prescrição do comportamento, verifica-se que as regras “estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida”, enquanto os princípios “estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”; no que tange à contribuição para a decisão, a dissociação revela-se porque as regras, dadas suas características decisivas e abrangentes, aspiram a produzir uma solução específica para o conflito, enquanto os princípios não têm tal pretensão, mas meramente de contribuir, juntamente com outras razões, para a tomada da decisão. In: ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 130.

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁵³

De seu turno, a distinção de Canotilho entre as regras e princípios é efetuada sob o ponto de vista do grau de abstração, em que as primeiras têm abstração reduzida e os segundos, elevada; do grau de determinabilidade, em que as regras são susceptíveis de aplicação direta e os princípios, por vagos e indeterminados, necessitam mediações concretizadoras, tanto do legislador como do juiz⁵⁵⁴; do caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, em que os princípios têm natureza estruturante e papel fundamental no ordenamento, em razão da posição hierárquica no sistema; da proximidade da idéia de direito, em que os princípios são "*standards*" juridicamente relevantes, com base nas exigências de justiça ou na idéia de Direito, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; por fim, a natureza normogénica dos princípios, como fundamento de regras.⁵⁵⁵

Outrossim, merece registro a crítica de Streck, que, apoiado na hermenêutica filosófica, diz ser equivocada a noção de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades, resolvendo-se as colisões na fórmula do "tudo ou nada", sendo igualmente errônea a identificação dos princípios

⁵⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 60-70.

⁵⁵⁴ Igualmente aplicáveis as críticas efetuadas por Ávila, pois, de um modo geral, Canotilho elabora seu conceito de regras e princípios valendo-se do arcabouço teórico de Dworkin e Alexy, como se observa: "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos". In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.145.

⁵⁵⁵ Idem, p. 1144-45.

com “cláusulas abertas”, sendo sua finalidade justamente a de impedir “múltiplas respostas”, “fechando” e não “abrindo” a interpretação, o que redundaria em um positivismo excessivo e antidemocrático, tendo em vista delegar ao juiz o preenchimento conceitual de ditas cláusulas, autorizando-o a fazer a melhor escolha, culminando por transformar os princípios em regras, sacrificando a singularidade do caso concreto, que é justamente o que caracteriza o Direito como saber prático. Assim, chama o autor atenção para o fato de que superar o modelo de regras implica uma modificação profunda no Direito, pois, por meio dos princípios, o elemento do mundo prático é canalizado para o âmbito das Constituições.⁵⁵⁶ Assim,

a inserção da faticidade se dá através dos princípios, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está “subsumida” no princípio. Nos “casos simples” [...], ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a “necessidade” do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. [...] Hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e pela antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão,

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, p. 142-3; 167.

o processo compreensivo. Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação – entre regra e princípio.⁵⁵⁷

Cumpre, ainda, traçar a distinção entre valores e princípios.

Uma ligação, de duplo sentido, entre os princípios e os valores é visualizada por Alexy, uma vez que é possível falar de uma colisão de princípios e uma ponderação de princípios do mesmo modo que se fala sobre uma colisão e ponderação de valores; em um segundo sentido, o cumprimento gradual dos princípios têm como seu equivalente a realização gradual dos valores.⁵⁵⁸

Contudo, uma diferença importante entre eles é salientada pelo autor, a qual explica com auxílio da divisão dos conceitos práticos de von Wright, que os classifica em: *conceitos deontológicos*, que podem ser remetidos a um “conceito deôntico fundamental”, ao conceito de ordem ou de dever ser (por exemplo, a ordem, a proibição e a permissão); *conceitos axiológicos*, os quais, por sua vez, têm como conceito fundamental o que é bom ou melhor (exemplos: seguro, econômico, democrático, social); *conceitos antropológicos*, exemplificativamente, a vontade, o

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, p. 167-8. É preciso ter presente a crítica do autor à distinção que a doutrina tradicional vem fazendo entre casos complexos e simples (*hard cases* e *easy cases*), em que nos primeiros, os princípios ou critérios para sua solução não se localizam no plano da aplicação, devendo ser retirados de uma “história jurídica”, que se assenta no plano discursivo *a priori*, o que, para Streck, significa discursos de fundamentação prévios. Assim, a diferenciação dos casos simples dos casos difíceis implica em separar o que não pode ser separado, pois o compreender é “condição de possibilidade para a interpretação”, ou seja, da própria atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo, de modo que o já saber se se cuida de um caso simples ou complexo já implica caso complexo. A cisão é, pois, metafísica, porquanto antes dela, que tem o caráter causal-explicativo, “[...] já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial”, acreditando-se que no *easy case*, há espécie de naturalismo, explicação a partir de um raciocínio dedutivo, enquanto o *hard case* não poderia ser reduzido a uma explicação causal, uma vez que nele, uma complexidade seria trazida pelo modo de ser-no-mundo, atendendo a distinção a uma exigência do esquema sujeito-objeto, nitidamente objetivista, metodológica, afinada com a teoria do conhecimento, em que o elemento essencial da interpretação é reduzido a uma relação sujeito-objeto. Dessa forma, sem olvidar da existência de casos simples, alerta o autor localizar-se a problemática na impossibilidade que haja uma institucionalização de casos simples e casos difíceis. Conclui: “[...] o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil [...] os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si do pensamento pensante”. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na* e *pela* liguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*” (Idem, p. 199-203).

⁵⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 138.

interesse, a necessidade, a decisão e a ação; para concluir, diz que os princípios, sendo mandados de otimização, pertencem ao âmbito deontológico, enquanto os valores estão inseridos no nível axiológico.⁵⁵⁹ Desse modo, para Alexy

la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.⁵⁶⁰

De tal critério distintivo, discrepa Pérez Luño⁵⁶¹, o qual tem no grau de concreção o critério mais adequado para fundar a diferenciação, em que os valores o teriam em menor grau, já que não contêm especificações a respeito das hipóteses em que devem ser aplicados, tampouco acerca das conseqüências jurídicas que advirão de sua aplicação, consistindo em “[...] idéias diretivas gerais que [...] fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e a aplicação de todas as outras normas do ordenamento jurídico”⁵⁶², formando o “contexto histórico-espiritual” da interpretação da Constituição, em especial, da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, ao passo que os princípios, ainda que não se constituam em normas analíticas, apresentam maior grau de concreção e

⁵⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 139-41.

⁵⁶⁰ Idem, p. 147.

⁵⁶¹ O autor apresenta três razões à crítica de Alexy: (1) por ignorar a dimensão metodológica dos princípios, em que estes são compreendidos como regras orientadoras para o conhecimento, a interpretação e a aplicação das outras normas jurídicas, verdadeiras “metanormas”, representando a finalidade ou diretriz perseguida pelas normas, bem como desconhecer sua dimensão ontológica, em que os princípios são reconduzidos ao ordenamento na qualidade de fontes normativas; (2) por não explicar, satisfatoriamente, a diferença entre o “dever ser” deontológico dos princípios e o “dever ser” axiológico dos valores, advertindo que também os princípios podem assumir um conteúdo axiológico; (3) por fim, ao minimizar a relevância jurídica dos valores. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitución, p. 289-92.

⁵⁶² O autor assevera que os valores constitucionais possuem uma dimensão tripla: de *fundamentação* do conjunto de disposições e instituições constitucionais, e do próprio ordenamento jurídico como um todo, sendo o núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; de *orientação* da ordem jurídica e política em relação aos fins pré-determinados, evitando de ilegitimidade qualquer disposição normativa que represente entrave ao alcance de tais metas ou que encete objetivos diversos; de *crítica*, servindo de parâmetro na avaliação de fatos ou condutas, efetuando um controle jurisdicional das normas que fazem parte do ordenamento, a fim de aquilatar se estão em conformidade aos valores constitucionais. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Op. cit.*, p. 288.

especificação a respeito das situações em que podem ser aplicados e de suas conseqüências respectivas.⁵⁶³

Dessa feita, para o jurista espanhol, os valores são “[...] modos de preferencias conscientes y generalizables [...] los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines”⁵⁶⁴, expressando os valores constitucionais o sistema de preferências idealizado pelo processo constituinte, representativo das opções ético-sociais básicas, que deverão presidir a ordem jurídica, política, econômica e cultural de determinado País. Destaca o autor:

los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el *critério* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.⁵⁶⁵ (os grifos constam do original)

3.3 PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da constatação de que o papel dos juízes é muito mais complexo do que originariamente se pensou, sendo toda interpretação judicial “law making”, na qual se insere forte carga discricionária e axiológica, poder-se-ia concluir que a atividade jurisdicional é arbitrária, em que uma infinidade de sentidos pode ser extraída dos textos normativos, repousando a escolha na mera liberalidade do intérprete, influenciada simplesmente por suas convicções e preferências pessoais. Nada mais equivocado, contudo.

É no contexto de um sistema jurídico aberto, cuja estrutura porosa torna possível o intercâmbio com os fatores que lhe são externos, sendo, ademais, também parte de um sistema maior, com o qual interage, atuando sobre ele e dele

⁵⁶³ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, p. 291-2.

⁵⁶⁴ Idem, p. 288.

⁵⁶⁵ Idem, p. 288-9.

recebendo influência, que o Direito há de ser pensado, não podendo ser olvidada sua característica de fato e de valor cultural.

Nesse enfoque, há de se ter em vista que a sociedade para a qual são endereçadas as disposições legais deve ser convencida de sua adequação e aceitá-las, em especial, as decisões que nelas se fundamentam, pois, como sustenta Aarnio, a validade formal não é mais a única base de legitimidade, a qual, em última análise, situa-se na própria sociedade, e, por isso, a interpretação-aplicação do Direito há de considerar as expectativas e os valores assentes na comunidade. Destaca o autor:

Sin embargo, en las sociedades modernas, la validez formal no es la única base de legitimidad. Por el contrario, es posible hablar de crisis de legitimidad en aquellas situaciones en las que puede darse más de una interpretación bien fundada para una cierta ley. [...] la crisis de la legitimidad es, a menudo, una crisis de los sistemas de valores. Por consiguiente, es imposible conceptualizar el problema tomando en cuenta solo el sistema (el orden jurídico como sistema de normas formalmente válidas). [...] El orden jurídico es un orden de poder y la aplicación del derecho es el uso de este poder. Esta es la razón pela cual el derecho es – al mismo tiempo – “un ciudadano de dos mundos”. Es una herramienta formal para organizar la vida social en una forma predecible, pero la legitimidad del derecho (o de las interpretaciones/decisiones jurídicas) depende de la comunicación lingüística y de la comprensión mutua que resulta en esa comunicación [...] En este sentido, la fuente última de la legitimidad se encuentra en la sociedad misma [...] Sólo aquella interpretación que toma en cuenta las expectativas de la mayoría de la sociedad puede, a la larga, obtener aceptabilidad por partes de esa mayoría. Lo importante en este respecto es la expectativa de certeza jurídica. Ella es una medida de cómo e cuándo puede lograrse la aceptabilidad racional. [...] la certeza jurídica está estrechamente vinculada con el sistema de valores de la sociedad y por ello, las interpretaciones aceptables tienen que ser no sólo racionales sino razonables.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**, p. 295.

A preocupação acerca da arbitrariedade⁵⁶⁷ traz em seu âmago a expectativa de segurança jurídica, que, se em um sentido estrito, significa que todo cidadão tem o direito de esperar proteção jurídica, em um sentido amplo, compreende dois elementos substanciais: que seja evitada a arbitrariedade (a), e que a decisão seja “correta” (b). De um lado, a previsibilidade das decisões é imprescindível ao planejamento racional da sociedade, constituindo requisito de coesão social, e, de outro, sobressai o aspecto substancial da certeza jurídica, que pressupõe devam as decisões estar em consonância ao direito válido, mas não apenas isso, devendo guardar também coerência com outras normas sociais. Isso porque as normas jurídicas não podem ser tidas como “completamente autônomas” em relação às outras normas sociais, sendo constituídas, ao menos em parte, de normas morais e sociais, e que, “en cierto modo [...] actúan interconectadamente”.⁵⁶⁸

Na sociedade moderna, o apoio do julgador meramente na autoridade formal como meio de justificar uma decisão – que se espera adequada, necessária e proporcional – é insuficiente, pois são exigidas razões. “La responsabilidad del juez se ha convertido, cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”⁵⁶⁹, residindo o fundamento do exercício do poder judicial na aceitação de suas decisões, não na posição formal de poder que detenha, sendo a responsabilidade de justificar

⁵⁶⁷ Carrió acentua a dificuldade de definir no que consiste a “sentença arbitrária”, no sentido de identificar a propriedade (“arbitrariedad”) que seja comum a todas, lembrando as tentativas doutrinárias de sua conceituação, em que Linares a identificou como a “sentença que excede o limite de possibilidades interpretativas que o ordenamento deixa ao arbítrio do juiz”, ou a “sentença ditada fora do gênero legal”, conceitos por demais redutivos, merecendo críticas de Imaz, que sustentou sua insuficiência, propondo a tese do “erro inescusável”, no duplo aspecto da contradição lógica e total deficiência axiológica, fórmula que, segundo Carrió, também peca por ser muito genérica. Em face disso, ele parte da análise jurisprudencial, para apontar critérios de aplicação da fórmula “sentença arbitrária”, de acordo com a Corte Argentina: (I) quanto ao objeto, são aquelas que ou deixam de resolver as questões propostas ou resolvem questões não trazidas; (II) quanto aos fundamentos da decisão: (a) no que tange ao estabelecimento da premissa maior, os julgadores arrogam o papel de legisladores e não se limitam pela ordem jurídica; prescindem do texto legal, sem justificação plausível; aplicam preceitos derogados; optam por aplicar modelos de excessiva amplitude, ao invés de normas positivas diretamente aplicáveis; (b) quanto ao estabelecimento da premissa menor: prescindem de prova decisiva; invocam prova inexistente ou contradizem, arbitrariamente, outras instâncias dos autos; (c) quanto ao estabelecimento da premissa maior ou da premissa menor, ou ao trânsito delas até a conclusão: fazem afirmações dogmáticas; incorrem em excessos formalísticos ou rituais; são auto-contraditórias; (III) aos efeitos da decisão: deixam sem efeito decisões definitivas certas. In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 286-98.

⁵⁶⁸ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**, p. 26-7.

⁵⁶⁹ Idem, p. 29.

que vai maximizar o controle público da decisão, além de também se constituir em um meio de assegurar a presença de certeza jurídica na sociedade.⁵⁷⁰

A idéia de razão sempre ocupou um papel relevante no direito, estando na base do direito natural, modernamente reconduzido à racionalidade do legislador, enquanto as noções de “razoável” e “desarrazoado” não encontraram muita utilização nas teorias do direito, em que pese na prática do raciocínio jurídico, as segundas intervenham bem mais freqüentemente do que “racional” e “irracional”, relembra Perelman, para quem isso torna “[...] fútil qualquer tentativa de reconduzir o direito a um formalismo e a um positivismo jurídico”⁵⁷¹. Assim, um direito ou poder que forem exercidos de modo desarrazoado - seja por abuso de direito, excesso ou desvio de poder, má-fé, aplicação ridícula, inadequada de disposições legais, ou contrária aos princípios gerais do direito comuns aos povos civilizados, dentre outros – será censurado, por inadmissível, constituindo o desarrazoado verdadeiro limite para qualquer formalismo em matéria de direito. Conclui:

Enquanto, em direito, as idéias de razão e de racionalidade foram vinculadas, de um lado, a um modelo divino, do outro à lógica e à técnica eficaz, as do razoável e de seu oposto, o desarrazoado, são ligadas às reações do meio social e à evolução destas. Enquanto as noções de “razão” e de “racionalidade” se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como as idéias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável. Todo direito, todo poder legalmente protegido é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo como exerce. **Mas nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é de direito.**⁵⁷² (grifos inexistentes no original)

O conceito de racionalidade pode ser usado de diversos modos. Assim, a racionalidade jurídica, referida ao paradigma da dogmática jurídica; a racionalidade teleológica ou finalista, cuja importância cresce à medida da flexibilidade das normas que façam parte do sistema; a racionalidade institucional, sendo aquela implicada no

⁵⁷⁰ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**, p. 29.

⁵⁷¹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, p. 429.

⁵⁷² Idem, p. 427-9; 436-7.

próprio sistema jurídico, constituída em verdadeira “precondición social de todo razonamiento jurídico”.⁵⁷³

Já, a aceitabilidade racional, conforme Aarnio, é um fenômeno distinto, sendo uma característica do resultado final do procedimento de justificação jurídica, da qual se fala em relação aos pontos de vista interpretativos. Por sua vez, a interpretação jurídica, como qualquer interpretação, é um diálogo, uma forma de comunicação humana, podendo ser chamada de “racionalidade comunicativa” (Habermas), estando vinculada com a argumentação e o convencimento, sendo, portanto, “a base da compreensão humana, e, ademais, a base da aceitabilidade”. O conceito de aceitabilidade está vinculado com o conteúdo material da interpretação, não com a forma do raciocínio ou as características do procedimento de justificação. Fala-se, pois, de um resultado de interpretação razoável, que deve responder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica (aceitabilidade axiológica).⁵⁷⁴

Nesse aspecto, contudo, merece ser feita uma ressalva, que advém da crítica de Streck, não nos parecendo correto falar da interpretação jurídica ou racionalidade comunicativa, como “base” da compreensão humana, pois quando interpreto, é porque já compreendi, não se havendo de confundir o processo compreensivo com a justificação do compreendido. Esta confusão traz em seu bojo a concepção metafísica da existência de um fundamento último, pelo qual o raciocínio seria satisfeito, problemática fundada na objetificação e entificação, fortemente combatidas pela hermenêutica filosófica de matriz hiddegeriana e gadameriana. Deve, portanto, ficar claro que a fundamentação não pode ser reconduzida a um problema metodológico ou de procedimento argumentativo, porque é modo de ser, sendo a hermenêutica filosofia, daí decorrendo a crítica de Streck à teoria do

⁵⁷³ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**, p. 240-1.

⁵⁷⁴ Idem, p. 241; 247-8.

discurso como teoria do procedimento (Habermas e Alexy⁵⁷⁵), que confunde as regras do discurso com o processo compreensivo. Assim, especialmente na teoria da argumentação jurídica⁵⁷⁶ de Alexy, pode-se vislumbrar uma intenção de construção

⁵⁷⁵ Na construção de sua teoria da argumentação jurídica, Alexy sofreu forte influência de Habermas, podendo-se dizer, com Atienza, que a teoria de Alexy é “[...] uma sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático habermasiano”, ampliada para o campo do Direito. Habermas, de seu turno, parte de um conceito amplo de razão, sustentando que as questões práticas podem ser decididas racionalmente, ou seja, pela força do melhor argumento, em que o resultado do discurso prático pode ser um resultado “racionalmente motivado”, um consenso justificado, a expressão de uma “vontade racional”, sendo as questões práticas suscetíveis de verdade, em um sentido amplo. Este sentido é fixado na sua teoria consensual da verdade, em que tanto os enunciados normativos como os descritivos são suscetíveis de verdade; contudo, no sentido estrito, os primeiros são avaliados em um nível de correção. O discurso, a argumentação, para Habermas, não é uma seqüência de proposições, mas de atos de fala, sendo a argumentação um tipo de interação, de comunicação. Ela remete a uma “situação ideal de fala ou de diálogo”, em que “a verdade das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso numa situação de total liberdade e simetria entre todos os participantes do discurso”, constituindo tais exigências o cerne das regras do discurso racional proposto por Alexy (“regras de razão”). In: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, p. 160-2. Por sua vez, Velasco Arroyo sustenta haver coincidência no pensamento de Habermas e Alexy, ao sentirem que a argumentação pode ser considerada a partir das três diferentes perspectivas que compunham o *órganon* aristotélico: analítica ou lógica dedutiva; dialética e retórica. Assim, dentre as diversas regras formuladas por Alexy para atender às condições do discurso habermasiano, algumas se referem à esfera lógica dos produtos, considerando a argumentação do ponto de vista da produção de argumentos convincentes, realçando suas qualidades intrínsecas (regras de lógica mínima), indispensáveis para a compreensão semântica dos enunciados; outras regras versam sobre a esfera dialética dos procedimentos, referindo-se aos pressupostos pragmáticos que os participantes do discurso devam observar; ainda, um outro tipo ocupa-se do círculo retórico dos processos, incluindo também as regras pragmáticas, cuja principal função é a de excluir as possibilidades de distorção comunicativa, afastando dos processos argumentativos os efeitos da repressão política e desigualdade social, relevando as exigências de igualdade entre os participantes e a ausência de coação. O discurso argumentativo submetido a tais regras pretende, de um ponto de vista da organização interna, satisfazer condições ideais, de modo que a caracterização do discurso prático, por Alexy, corresponde ao pensamento de Habermas acerca da compreensão da verdade ou correção normativa como “aceitabilidade racional em condições ideais”, e que, no que toca à aceitabilidade racional de uma sentença judicial, implica em sustentá-la não só na qualidade dos argumentos, mas também da estrutura do próprio processo de argumentação. A situação tida por ideal supõe uma distribuição simétrica das oportunidades e direitos de participação, e a ausência de obstáculos que impeçam a comunicação. Assim, conclui o autor espanhol que “[...] cuando es necesario tomar una decisión respecto a una norma social o jurídica, la aceptación de tal norma sólo estará justificada, en principio, se es lo resultado de una deliberación colectiva en la que se garantiza la participación de todas las personas interesadas, en igualdad de oportunidad. La meta es la consecución de un consenso ideal, una propensión idealizante, que Alexy comparte con otras teorías de la argumentación jurídica, como la noción del “espectador imparcial” de McCormick, a de “auditorio universal” de Perelman o la apelación de Dworkin: a un “juiz Hércules”. In: ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoría Discursiva del Derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 126-7.

⁵⁷⁶ Atienza aponta três diferentes campos em que ocorrem argumentações jurídicas: a) na produção ou estabelecimento de normas jurídicas (fases pré-legislativa e legislativa propriamente dita); b) aplicação de normas jurídicas à solução de casos (argumentações relativas a problemas concernentes a fatos e ao Direito); c) dogmática jurídica, em especial na sua função de oferecer critérios para a aplicação do Direito. In: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, p. 18-9.

de uma linguagem rigorosa e artificial para o direito, atendendo à antiga pretensão neopositivista.⁵⁷⁷

Não há, com isso, que se rejeitar qualquer utilidade de uma teoria da argumentação jurídica, podendo-se concluir, com Streck, que

[...] uma teoria da argumentação jurídica pode ser válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/explicitação do nível de racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o “como” hermenêutico), que desde sempre já operou no processo interpretativo [...] fazer hermenêutica é, então, esclarecer as condições nas quais ocorre a compreensão, com a qual sempre já estamos, que nos estrutura, que nos coloca no mundo. Esta é a tarefa fundamental – e, paradoxalmente, residual – de uma teoria do discurso jurídico ou de uma teoria da argumentação jurídica: esclarecer, *argumentativamente* – e este é o lugar onde hermenêutica e retórica se encontram –, as condições sob as quais ex-surge a compreensão. E isso só é possível a partir da idéia de um agir mediador, levando as possibilidades da manifestação do sentido de uma dada “situação concreta” (um determinado “caso jurídico concreto”), que, em outras palavras, é o “aparecer hermenêutico da singularidade” [...] é nas possibilidades do dizer o compreendido que se localiza o espaço para a (s) teoria(s) do discurso e/ou da argumentação jurídica [...] a tarefa de uma teoria da argumentação jurídica é construir um arcabouço capaz de explicitar formalmente essa *applicatio*, essa manifestação do sentido do ser do ente, sem que este arcabouço provoque o encobrimento da diferença ontológica, onde exatamente acontece esta síntese hermenêutica, lugar do ex-sugimento da coisa mesma (*Sache selbst*). [...] Uma teoria do discurso jurídico não pode ser uma teoria ornamental (capa de sentido). Afinal, no interior do círculo hermenêutico, na espiral hermenêutica, o *compreender* não ocorre por *dedução*; não se deduz uma coisa de outra; portanto [...] o cânone ou método sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. Explicitar o compreendido será tarefa assim de uma filosofia prática, de um saber constitutivamente ligado a uma situação particular, irrepetível.⁵⁷⁸

Desse modo, deve ficar claro que a interpretação ocorre a partir da compreensão, sendo também aplicação, processo único, que, todavia, jamais deve ocorrer de modo arbitrário e livre, não surgindo a decisão judicial de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto, conforme Gadamer, para quem é comum a todas as formas de hermenêutica o fato de o sentido a ser

⁵⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, p. 242-6.

⁵⁷⁸ Idem, p. 250-65.

compreendido somente se concretizar e se completar na interpretação. “Mas, de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”⁵⁷⁹

A colisão dos direitos fundamentais em exame dá-se sempre em concreto, cuja solução passa pela ponderação, sendo de grande relevância os argumentos persuasivos, fundados em juízos de razoabilidade e de proporcionalidade, consistindo em verdadeiras “condições de possibilidade para qualquer interpretação e, portanto, decisão judicial”.⁵⁸⁰

3.3.1 A solução da colisão: uma questão de ponderação

A solução da colisão dos direitos fundamentais passa pela questão de sua consideração como *regras* ou como *princípios*.

Como já se observou quando da exposição acerca da distinção entre princípios e regras, a colisão entre os primeiros é resolvida em uma dimensão de peso, em que se estabelece uma relação de precedência entre os princípios envolvidos, variável de acordo com as circunstâncias concretas, a que se denomina ponderação, enquanto o conflito das regras é tratado na dimensão da validade.

Adotamos a concepção de Alexy, que aponta na teoria dos princípios⁵⁸¹ a oferta de melhor solução para o problema posto, uma vez que de acordo com a

⁵⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 436.

⁵⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, p. 250.

⁵⁸¹ Consoante explica Alexy, aqui entendida como uma teoria que enfatiza não só que catálogos de direitos fundamentais têm estrutura de regras, ao efetuar determinações definitivas, cujo plano precede *prima facie* ao dos princípios, mas também e de modo decisivo, que “[...] atrás e ao lado das regras estão os princípios”. In: ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 275.

teoria das regras (assim se considerando uma teoria que afirme que os catálogos de direitos fundamentais sejam compostos *somente* de regras), seriam três as possibilidades de resolução do choque: a declaração de, pelo menos, uma das regras colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa, caminho inviável, pois as normas de direitos fundamentais têm hierarquia constitucional, e “constituições devem ser levadas a sério” (a); a declaração de, ao menos, uma das regras como não-aplicável ou correspondente, também inadmissível, por representar tentativa de contornar colisões por uma “compreensão estrita do âmbito de proteção” dos direitos fundamentais (b); por fim, uma inserção livre de ponderação de uma exceção em uma das normas de direito fundamental, podendo conduzir a uma concepção “bizarra” de exceção, em que seria possível imaginar uma infinidade de exceções aos direitos fundamentais, acarretando a perda de força do direito fundamental, que cairia em um vazio (c).⁵⁸²

A crescente relevância atribuída à ponderação deve-se a três principais fatores, citados por Canotilho: a ausência de uma ordem abstrata de bens constitucionais, exigindo a operação de balanceamento destes bens, a fim de obter uma norma de decisão que se adapte às circunstâncias do caso (“norma de decisão situativa”); a formatação principal das normas constitucionais, em especial, das de direito fundamental, implicando, em caso de colisão, a via de solução de conflitos entre princípios, tarefa atinente à “ponderação”; a fratura da unidade de valores de uma comunidade, obrigando a diversas interpretações dos conflitos de bens, impondo-se cuidadosa análise e rigorosa *fundamentação* do balanceamento efetuado para a solução.⁵⁸³

A ponderação visa à elaboração de critérios de ordenação para, diante de dados normativos e de fato, apontar a solução justa para o conflito⁵⁸⁴,

⁵⁸² ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 275-7.

⁵⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.221.

⁵⁸⁴ Idem, *ibidem*.

correspondendo ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, tal como concebido no direito constitucional alemão⁵⁸⁵.

A impossibilidade de que a ponderação se preste a modelo de abertura para uma justiça “casuística” ou sentimental é compartilhada por Canotilho, que, por isso, sublinha não dispensar de uma cuidadosa “topografia do conflito”, que serve para identificar o âmbito normativo dos bens em tensão, e a justificação e motivação da solução da colisão, através da regra de prevalência parcial assente na ponderação, levando-se em conta os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica. Constituindo um “modelo de tipicização da ordenação de bens em concreto”, a ponderação é reconduzida “[...] à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes”, uma vez que estabelece uma relação instável de “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios, válida para o caso concreto e passível de inversão.⁵⁸⁶

Ainda que não se possa elaborar uma teoria dos princípios em que estes sejam submetidos a uma hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma “ordem frouxa” entre eles, que possibilite o uso da ponderação, a fim de que sirvam de *fundamento* para as decisões jurídicas, afastando-se o uso arbitrário, que ocorreria se constituíssem apenas um “inventário de *topoi*”. Dita ordem é composta de três elementos: um sistema de condições de prioridade, fazendo com que a solução das colisões entre os princípios em um caso concreto também tenha relevância para novos casos, vigorando o princípio da universalidade; um sistema de estruturas de ponderação, decorrente da concepção dos princípios como mandados de otimização, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, correspondendo as segundas ao princípio da proporcionalidade; um sistema de prioridades *prima facie*, ou seja, a prioridade de um princípio pode ser afastada em um momento futuro.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 277.

⁵⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.222-25.

⁵⁸⁷ ALEXY, Robert apud ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, p. 182.

A “lei da ponderação”, relacionada aos direitos fundamentais, formulada mediante o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ser realizado em três fases, remontando à intensidade da intervenção, da importância das razões que a justificam e da ponderação no sentido estrito) é assim expressada por Alexy: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”⁵⁸⁸, ou seja, de acordo com ela, a medida permitida de insatisfação ou afetação de um dos princípios depende do grau de importância do outro, ficando claro que o peso de cada princípio não é passível de determinação por si só ou de um modo absoluto, posto que a própria definição de princípio⁵⁸⁹ já deixou antever que aquilo que ordena guarda relação com o determinado pelos princípios que lhe são contrapostos, sempre se falando, portanto, em pesos relativos.⁵⁹⁰

Ainda que ela não esclareça quando ocorre a afetação muito intensa de um princípio, e quando o outro atinja o elevado grau de importância, a lei de ponderação diz *o que* deve ser objeto de fundamentação para justificar o enunciado de preferência condicionado, vindo a ser o resultado da ponderação, ou seja, os enunciados acerca do grau de importância e afetação dos princípios colidentes. Embora ela não formule um padrão para a decisão definitiva dos casos, o modelo da ponderação como um todo fornece um critério, a partir de sua vinculação com a teoria da argumentação jurídica⁵⁹¹, dizendo *o que* deve ser fundamentado racionalmente, não podendo ser considerada uma “fórmula vazia”.⁵⁹²

La ley de colisión muestra que las ponderaciones conducen a dogmáticas diferenciadas de los distintos derechos fundamentales: en caso de colisión, hay que se establecer una relación de preferencia condicionada. A ella, corresponde una regla de un relativamente alto grado de concreción. A través de las ponderaciones de la jurisprudencia y de las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscriptas a las diferentes disposiciones del derecho

⁵⁸⁸ ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 278.

⁵⁸⁹ Veja-se a definição de Alexy, por nós reproduzida, no tópico “3.3.3”, supra.

⁵⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 161.

⁵⁹¹ Tendo-se em conta sua função de esclarecer, mediante argumentos, as condições sob as quais ocorreu a compreensão, conforme a crítica de Streck, acima.

⁵⁹² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 164; 167.

fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.⁵⁹³

O sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito autoriza um olhar em direção à Constituição, em seu sentido de unidade, não ocorrendo um desprezo aos fundamentos materiais do ordenamento jurídico, adotando-se a teoria dos princípios, mas a compreensão de que todas as possibilidades fáticas e jurídicas de determinado caso concreto devam ser examinadas pelos seus argumentos favoráveis e contrários, de um ponto de vista material e formal, procedimento que “só pode ser efetuado de forma plena se elevada a discussão sobre colisão de direitos fundamentais no nível dos princípios”.⁵⁹⁴

Assim, a teoria dos princípios traz a vantagem de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais – tal como ocorreria na teoria das regras, sendo apta a responder, de um modo racional, o problema da colisão, mediante a ponderação, além de constituir um meio intermediário entre a vinculação e a flexibilidade, já que a teoria das regras fica entre as alternativas radicais da validade ou não-validade, em especial, em constituições como a brasileira, em que, em face de constarem do catálogo de direitos fundamentais, direitos sociais formulados com larga generosidade, há forte pressão para que as normas que não são cumpridas a contento sejam concebidas como não-vinculativas, meros princípios programáticos.

A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.⁵⁹⁵

⁵⁹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 168; 92.

⁵⁹⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico, p. 175.

⁵⁹⁵ ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 277-9.

Como se infere do que já foi dito, a ponderação de bens no caso concreto é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, sobre o qual nos ocuparemos no item que segue.

3.3.2 A solução da colisão: uma questão de proporcionalidade

A idéia de proporção está presente em diversos ramos do Direito; no direito penal, ao fazer a relação entre culpa e pena, quando da fixação de seus limites; no direito tributário, ao relacionar o valor da taxa tributária e os serviços a serem prestados pelo Estado; no processo, ao formular o nexo de equivalência entre a finalidade de determinado ato processual e o gravame produzido por sua inobservância; todavia, nem todas as acepções com que o termo é utilizado guardam vinculação ao princípio ou postulado⁵⁹⁶ da proporcionalidade, que se aplica apenas quando existir relação de causalidade entre dois elementos empiricamente

⁵⁹⁶ Humberto Ávila, a par da distinção entre princípios e regras, propõe a categoria dos *postulados normativos aplicativos*, dentre os quais se inserem a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade (postulados específicos), bem como a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso (postulados inespecíficos). Assim, os denominados postulados normativos encontram-se em plano diverso das regras e princípios, constituindo-se em "*metanormas*", "*normas de segundo grau*", cujo funcionamento é diferente destes, por não imporem a promoção de um fim ou estado ideal de coisas - como os princípios - mas estruturarem a aplicação do dever desta promoção, bem como porque não prescrevem comportamentos - como as regras - mas coordenam a aplicação das normas que o realizam. São, portanto, "normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios". Os postulados normativos não específicos ou incondicionais não trazem definição de critérios ou elementos que nortearão a relação entre os elementos, constituindo apenas idéias gerais, como ocorre com a ponderação, em que são atribuídos pesos a elementos que se relacionam (bens jurídicos, interesses, valores, princípios), sem orientações à realização de tal sopesamento; a concordância prática, cujo escopo é o de harmonizar valores que estejam em conflito, de modo que se obtenha sua realização máxima; a proibição do excesso, em que se veda a restrição excessiva a qualquer direito fundamental, que o dispa de sua eficácia mínima. Por sua vez, os postulados específicos são aqueles cuja aplicação exige a presença de elementos específicos que se relacionam entre si, sendo orientada por critérios definidos, enquadrando-se na classificação proposta a igualdade (Ávila alerta que ela pode funcionar como regra e também como princípio, seja quando proíbe o tratamento desigual, ou quando a proclama como fim a ser promovido), em que os elementos do critério da diferenciação e da finalidade da distinção relacionam-se sob o norte de sua congruência em razão do fim; a razoabilidade (que, além de postulado, é utilizada em vários sentidos, podendo ser referida a uma alegação, interpretação, restrição, a um fim legal ou mesmo em relação à função legislativa, dependendo do contexto), utilizada como *equidade*, *congruência* e *equivalência*; por fim, a proporcionalidade. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 17-9; 88-9; 93-7; 101-2; 130. A tal proposta, aplica-se a crítica de Streck, uma vez que opera apenas uma diferença de grau entre o princípio (e também os metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos) e as regras, transformando estas em princípios, o que jamais se pode dar, uma vez que nestes, "está em jogo algo mais do que a explicação causalista". Para este autor, os princípios vieram para que fosse superada a abstração da regra, possuindo profundo enraizamento ontológico, sendo seu fio condutor a diferença ontológica, pela qual o positivismo é tomado pelo mundo prático, razão por que não vê como possível a descaracterização da noção de princípio, transformando-o em postulado, o que oculta um projeto positivista, que pretende retornar ao caráter abstrato da regra e afastar a razão prática, que é atinente aos princípios. É por meio dos princípios que Streck vê possível a sustentação de respostas adequadas ou corretas para cada caso concreto, consubstanciando um problema hermenêutico, da ordem da compreensão, e não analítico-procedimental, atinente à fundamentação. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, p. 144-5, 168.

discerníveis, um meio e um fim, de modo a que seja possível realizar os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁹⁷

O reconhecimento e o emprego do princípio da proporcionalidade necessário “ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito”, lembra Guerra Filho, embora não esteja expresso em nossa Constituição, diversamente de outros países, como Portugal⁵⁹⁸, cuja norma explicita “a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais”, constituindo o “princípio dos princípios”, verdadeiro princípio ordenador do direito. A ausência de previsão constitucional expressa, contudo, não impede seja sua vigência reconhecida aqui, com lastro no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.⁵⁹⁹

A proporcionalidade, em que pese não exista como “norma geral de direito escrito”, aparece como norma esparsa no texto constitucional, inferindo-se, ainda, de outros princípios que lhe são afins, como o da igualdade, em que a transformação da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade foi característica na derradeira fase do Estado de Direito.⁶⁰⁰ Os princípios da isonomia e da proporcionalidade estão, desse modo, intimamente ligados, podendo a segunda ser entendida como parte da primeira, já que o princípio da isonomia traduz a idéia de uma “igualdade proporcional”.⁶⁰¹

Ela é considerada um princípio de Direito justo, derivada imediatamente da idéia de justiça, como refere Larenz:

Indublemente conecta con la idea de “moderación” y de “medida justa” en el sentido de equilibrio. Negativamente, de los conceptos citados resulta una prohibición de excesividad, que siempre há regido como exigencia de legislador que debe establecer un Derecho justo. Su consagración como principio de rango constitucional tiene la importancia

⁵⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 110-2.

⁵⁹⁸ A previsão está contida no artigo 18, II, da Constituição Federal Portuguesa: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 84.

⁵⁹⁹ Idem, p. 83-5.

⁶⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 436.

⁶⁰¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.*, p. 86-7.

práctica de que desde ahora tienen que examinar si se há observado o no tanto los funcionarios de la Administración [...] como en todo caso los jueces. Reaparece así la función negativa del principio, que está em primer plano de su fomulación como "prohibición de excesividad" [...] Casi sempre hay um espacio de arbitrio, mas, por lo general, puede decirse con bastante seguridad lo que es "desproporcionado" o "excesivo", tras una ponderación de los bienes y una comparación con otros casos. Por eso, el principio de proporcionalidad como "prohibición de excesividad" es aplicable sin discusión. Su consagración como principio de rango constitucional se sitúa de este modo en la línea de una aproximación del Derecho vigente al "Derecho justo".⁶⁰²

Nessa seara, reinam as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais, tendo a jurisprudência alemã, após empregar o conceito de proibição de excesso como princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e, em outras ocasiões, utilizar ambos em conjunto, chegando a um consenso, no sentido de que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e a proibição do excesso referem-se à mesma coisa e compreendem os sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁰³

Também a jurisprudência brasileira é exemplo da imprecisão conceitual que domina o tema, pois os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁶⁰⁴ são confundidos, não tendo havido consenso sobre sua identificação ou não, além de

⁶⁰² LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica, p. 145.

⁶⁰³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 147-8.

⁶⁰⁴ Para Humberto Ávila, ambos são postulados normativos aplicativos específicos, sendo que a *razoabilidade como equidade* decorre do princípio da justiça, postulando a harmonização da norma geral com o caso individual, considerando-se o que normalmente acontece, e não o extraordinário ou extravagante. Nesse prisma, a interpretação dos fatos descritos nas regras jurídicas, por meio da razoabilidade, serve como veículo de preservação da eficácia dos princípios que se encontram subjacentes, levando em conta o aspecto individual do caso concreto, em especial, nas hipóteses em que a generalização legal não tem condições de abarcá-lo, de modo que uma regra somente será aplicável se, além de satisfeitas suas condições, a motivação implícita na própria regra não a exclua, ou não exista princípio a instituir razão contrária. Por sua vez, a *razoabilidade como congruência* postula a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, exigindo o confronto com parâmetros que lhe são externos, ou seja, a própria realidade, havendo a necessidade de um suporte empírico. Por fim, *razoabilidade como equivalência* diz respeito à relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 103-9. Observe-se, entretanto, a crítica de Streck, referida acima, na nota n. 596.

serem diversos os significados atribuídos ao princípio da proporcionalidade, ora empregado como princípio, ora como postulado normativo aplicativo.⁶⁰⁵

Na classificação proposta por Ávila, a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade decorre do fato de que a primeira não se refere a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, como acontece com a segunda. Leciona ele:

o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.⁶⁰⁶

De tal conceito, é possível depreender os subprincípios ou princípios parciais da proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, a pertinência ou aptidão, em que se examina a adequação, conformidade ou validade do fim, confundindo-se com a própria vedação de arbítrio; a necessidade, em que a medida, para ser admissível, deve ser necessária, questionando-se o meio empregado e elegendo-se o menos nocivo aos interesses do cidadão, também chamado de princípio da escolha do meio mais suave; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, em que a opção deve recair sobre o meio que, no caso concreto, leve em conta o conjunto de interesses em jogo.⁶⁰⁷

No sub-princípio da adequação (também denominado de princípio da idoneidade ou da conformidade)⁶⁰⁸, ao analisar o significado de um meio adequado à realização de um fim, três aspectos são levados em conta: quantitativo (intensidade); qualitativo (qualidade); por derradeiro, probabilístico (certeza), dos

⁶⁰⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 148.

⁶⁰⁶ O autor salienta, todavia, que de acordo com a concepção que adota acerca da proporcionalidade em sentido estrito, tanto a razoabilidade como equidade, quanto a proibição do excesso poderão ser naquela enquadradas. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 109-11.

⁶⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 396-8.

⁶⁰⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op. cit.*, p. 149.

quais se infere a conclusão de que os poderes Legislativo e Executivo devem escolher o meio que “simplesmente promova o fim”, sob pena de inviabilização de suas atividades, já que nem sempre é possível saber qual o mais intenso, melhor e mais seguro dos meios igualmente adequados, além do que um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao princípio da separação dos poderes.⁶⁰⁹

Ainda quanto à relação de adequação, na determinação da significação da adoção de uma medida adequada, a questão merece análise sob os prismas da abstração/concretude, generalidade/particularidade e antecedência/posteridade, em que, embora não seja possível chegar a uma conclusão definitiva, de um modo provisório, afirma-se que, quando se atua com uma generalidade de casos, como nos atos normativos, a medida será adequada se, modo abstrato e geral, servir à promoção do fim, ao passo de que, quando se cuide de casos individuais, como nos atos administrativos, será adequada a medida que funcionar como meio para promover o fim do ponto de vista concreto e individual, sendo a avaliação realizada sempre no momento da escolha do meio pelo Poder Público.⁶¹⁰

Na apreciação do nível de controle das decisões a ser exercido, levando-se em conta que em nosso ordenamento jurídico, prevalece o modelo fraco, diante do princípio da separação de poderes, infere-se que o exame da adequação apenas conduzirá à invalidade da medida adotada pelo poder público quando houver *evidente* incompatibilidade entre o meio e o fim, não encontrando justificativa ou plausibilidade.⁶¹¹

De outra banda, no exame da necessidade (cujo princípio também é conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível ou da intervenção mínima), são identificadas quatro notas essenciais, sendo a primeira, a da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental por seu titular; a segunda é traduzida pelo princípio da desconfiança, ao expressar a dúvida acerca da existência de alternativa menos

⁶⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 116-8.

⁶¹⁰ Idem, p. 118-9.

⁶¹¹ Idem, p. 120-1.

gravosa; a terceira determina sejam comparados os meios ou medidas restritivas; por derradeiro, a quarta é a dimensão empírica, indicativa de qual meio é o menos prejudicial.⁶¹²

Dessarte, verifica-se se existem meios alternativos àqueles inicialmente eleitos, que possam atingir o fim sem que haja limitação, em igual intensidade, aos direitos fundamentais tangenciados. Os meios alternativos e o escolhido devem ser comparados, o que envolve complexidade, já que diversos aspectos sublinham as diferenças, de modo que apenas o meio manifestamente menos adequado haverá que ser afastado, em tributo aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.⁶¹³

Cita-se, como exemplo, decisão da 1ª Turma do e. STJ, que acolheu impugnação de multa, formulada por empresa de transporte rodoviário, aplicada sob o fundamento de havido infração ao artigo 630, §5º, da CLT, ao não conceder gratuidade no transporte seletivo a fiscais do trabalho. No julgado, foi aplicada a proporcionalidade, considerando-se a medida imoderada, em comparação ao resultado almejado, pois havendo linhas regulares, com idêntico itinerário, consubstanciando meio alternativo ao eleito no caso concreto (transporte seletivo), não haveria razão a sacrificar a livre iniciativa, exigindo a extensão da gratuidade ao

⁶¹² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 150-1.

⁶¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 122-3.

serviço diferenciado, em confronto com a finalidade do bom andamento do serviço público, que seria alcançada por outro modo.⁶¹⁴

Na proporcionalidade em sentido estrito, compara-se a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, avaliando-se se as vantagens que serão obtidas com a promoção do fim encontram proporção com as desvantagens decorrentes da adoção do meio, traduzindo forte carga subjetiva.⁶¹⁵ Este sub-princípio, como já adiantado no item precedente, identifica-se com a "lei de ponderação" proposta por Alexy, constituindo-se no meio de solucionar a colisão entre direito fundamentais.

Pode-se referir como exemplo a decisão do Pleno do STF, que julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade da medida provisória n.º 2.152-2, de 1.º/06/2001, e posteriores reedições, a qual fixava metas de consumo de energia elétrica e especial regime de tarifação em período de escassez da oferta

⁶¹⁴ Transcreve-se a ementa respectiva: **"ADMINISTRATIVO – AÇÃO ORDINÁRIA – IMPUGNAÇÃO DE MULTA – ART. 630, § 5º DA CLT – TRANSPORTE DOS FISCAIS DO TRABALHO – PASSE LIVRE – LINHA SELETIVA – DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – CONTROLE – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO ATO – 1.** Ação ordinária ajuizada pela recorrente, em que impugnou a multa aplicada por violação ao art. 630, § 5º da CLT, porquanto, no seu entender, é obrigada a conceder a gratuidade legal apenas no tocante ao transporte comum, não se estendendo o referido benefício ao transporte seletivo, que conduz um número menor de passageiros, dispondo de comodidades como ar condicionado, televisão, som ambiente, que o serviço comum não possui, tendo acentuado, ainda, que os passageiros optantes pelo transporte seletivo, pagam uma tarifa maior em razão do diferencial do serviço prestado. **2.** A atuação da Administração Pública, deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a Lei almeja alcançar. **3.** A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser". A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado. **4.** É excepcional a intervenção estatal no domínio econômico, maxime no sistema de livre iniciativa. Sob esse pálio, a intervenção há de se pautar pela razoabilidade, que In: casu, recomenda que a concessão de passe livre aos fiscais do trabalho mantenha a finalidade de viabilizar o bom andamento do seu serviço à luz do princípio da menor onerosidade possível. Havendo linhas regulares, com o mesmo itinerário, não há razoabilidade em que os fiscais utilizem-se gratuitamente de um serviço prestado seletivamente. O fato de a Lei conceder a esses servidores a possibilidade de deslocamento, não significa que deva ser no meio de transporte mais oneroso. **5.** Recurso Especial conhecido e improvido" (STJ, no RESP 443310/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux). In: DJU 03.11.2003, p. 00249. STJ - **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 21 set. 2005.

⁶¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 124.

do serviço, aplicando o princípio da proporcionalidade, avaliando a relevância dos fins buscados (continuidade da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica à coletividade de consumidores), que justificava a restrição imposta (necessidade de racionamento, tarifação dos excessos e punições aos infratores).⁶¹⁶

O princípio da proporcionalidade é tido por Bonavides como “[...] talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito”, contribuindo para a conciliação do direito formal com o material, a fim de que possam ser satisfeitas as exigências de transformações sociais cuja velocidade não seria juridicamente controlável de outro modo, produzindo, outrossim, “[...] uma controvertida ascendência do juiz [...] sobre o legislador”, que passa a atuar em um campo mais livre, em que se reconhece a supremacia da Constituição sobre a lei, e o franco declínio do princípio da legalidade, que cede espaço ao da constitucionalidade.⁶¹⁷

⁶¹⁶ A ementa é a seguinte: **“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.** 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III, da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (Tribunal Pleno do STF, na ADC9/DF, DISTRITO FEDERAL, Rel. Min. Neri da Silveira, j. 13/12/2001). In: DJ de 23.04.2004, p. 00006. STF – **Superior Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 21 set. 2005.

⁶¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 399-400.

3.4 PARÂMETROS À CRIAÇÃO JUDICIAL NA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Como se deixou antever alhures, a colisão entre os direitos fundamentais à vida privada e à liberdade de comunicação e expressão envolve decisões acerca do que deva ser divulgado ao público, a fim de garantir o segundo direito fundamental invocado, e daqueles fatos que não mereçam veiculação, em preservação do primeiro, sendo a questão permeada pela definição do que é público e deve ser exposto, especialmente do que é de interesse público, e do que é privado, e há de ser mantido na sombra da intimidade.

É mister relembrar que não se pode reconhecer, de antemão, a prevalência de um dos dois direitos fundamentais em tela, uma vez que ambos gozam de idêntica hierarquia, estando protegidos pela Constituição, diversamente do sustentado por alguns, sob o argumento de que o direito à comunicação e à expressão teria em seu favor o interesse público, trazendo benefício a toda a coletividade, enquanto o direito à vida privada teria cunho eminentemente individual.⁶¹⁸

⁶¹⁸ É o caso de Eduardo Novoa Monreal, para quem os direitos “de informar” e “de ser informado” são superiores. Após reconhecer o caráter relativo de ambos os direitos fundamentais em comento, Monreal afirma que o direito à vida privada, ainda que tenha por finalidade proteger uma manifestação da personalidade humana, tem em vista “solamente al ser humano en lo individual”, ao passo que o direito de informação interessa à sociedade enquanto tal, beneficiando toda a coletividade, sendo um direito social, que compromete o bem comum, razão pela qual este é prevalente. In: MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos**. Cerro Del Agua, México: Siglo XXI, 1981, p. 181, 188-90. Farias refere que os tribunais constitucionais têm adotado o critério da “*preferred position*” do direito de liberdade de expressão e informação, formulado pela *Supreme Court* americana, em razão de seu valor para o funcionamento de uma sociedade “aberta”. Todavia, a Corte verifica se o direito foi exercido dentro da licitude, além de considerar o objeto da notícia, se público ou privado (assuntos ou pessoas), não havendo motivo para a preferência no segundo caso, bem como observa o limite interno da veracidade, que conforma o mencionado direito fundamental, ou seja, se houve diligência do comunicador na produção de uma notícia correta e honesta, não sendo preferente a notícia que falseia ou despreza a verdade. Com entendimentos semelhantes, são apresentadas as linhas gerais da jurisprudência tedesca e italiana, ou seja, há uma tendência a considerar prevalente a liberdade de expressão e comunicação, desde que atendidos os requisitos da verdade e do interesse público. In: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 175-9.

O ponto de vista é superficial e limitado, pois não se cuida, meramente, de um conflito acerca do direito individual de determinada pessoa, que queira preservar sua vida privada e íntima, sendo assim apenas de um ponto de vista da observação de certa situação particular, mas que, em um olhar mais acurado, revela também um interesse público, uma vez que “[...] todos almejam um selo de reserva sobre parte de sua vida, por isso que não é incomum que sob a capa de um direito privado haja um interesse público”.⁶¹⁹

A esfera da personalidade deve ser enfocada de uma perspectiva relacional, considerando-se que sua violação representa perigo à solidariedade e à convivência entre os homens, verdadeira condição da “existência coletiva”, o que decorre de sua fundamentação jurídica-fundamental, informada pela dignidade da pessoa humana, que substituiu sua matriz privatista e individualista, fazendo com que o direito fundamental à vida privada assumisse, cada vez mais, um caráter público e coletivo.⁶²⁰

Relembre-se que a dignidade da pessoa humana constitui o cerne dos direitos fundamentais⁶²¹, podendo ser reconduzida, desse modo, tanto aos direitos fundamentais da vida privada e intimidade, como aos que asseguram a liberdade de expressão e comunicação, ambos tendo por escopo o desenvolvimento livre e integral da personalidade, seja mediante a garantia de um espaço recôndito, exigido pela necessidade de intimidade, seja através da possibilidade de livremente expressar-se, receber e buscar informações, garantindo as dimensões humanas social e política, relevante não apenas no que toca ao desenvolvimento das potencialidades individuais, como ao próprio exercício da cidadania.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana, que se encontra refletida em cada um dos direitos fundamentais, não pode ser imobilizada em uma perspectiva que separa o público do privado, enquadrada neste ou naquele setor.

⁶¹⁹ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 99.

⁶²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitución, p. 324-6.

⁶²¹ Ver capítulo “2”, item “2.1.4”, sobre a dignidade da pessoa humana.

Na dignidade humana habita, de antemão, a dimensão comunicativa, social, que pode ganhar realidade tanto na esfera privada quanto na pública. **Dignidade humana significa também, mas não somente, o espaço interno do homem.** Sua abertura ao social, o momento da responsabilidade diante de outros homens e da comunidade, pertence a ela do mesmo modo e revela-se tão constituinte como o momento da auto-responsabilidade, no sentido de autodeterminação.⁶²² (sem grifos no original)

Na atualidade, em que as barreiras entre o público e o privado foram ruídas, aparece uma “terceira via”, consistente em um interesse comunitário, coletivo, social, difuso, que congrega características tanto do interesse público, como do privado, que chega até a liberdade de comunicação e expressão, exigindo seja orientada por uma “pauta ética”.⁶²³

Assim colocada a questão, reafirmada, portanto, a impossibilidade de dar, em abstrato, *prima facie*, prevalência a um dos direitos fundamentais em conflito, a decisão será alcançada mediante a ponderação, podendo ser relacionadas algumas circunstâncias a serem levadas em conta, com o objetivo de traçar diretrizes na construção da decisão.

Há que se considerar, em um primeiro aspecto, os fatos noticiados. Observe-se que fatos envolvendo questões delicadas, como o estado de saúde, defeitos físicos, tratamentos médicos e cirúrgicos, estados mórbidos e sua recuperação, opiniões políticas, filosóficas, religiosas, inclusive a prática de determinada religião ou culto, as relações conjugais e extraconjugais, incluindo-se histórico amoroso, sentimental e sexual, relações familiares, afetivas e preferências sexuais, não de apresentar séria justificativa, em especial, relevância ao interesse público, a demandar investigação e revelação.⁶²⁴

⁶²² HÄBERLE, Peter. “A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional, p. 139-40.

⁶²³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, p. 15.

⁶²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 390-1. Os exemplos listados pelo autor foram extraídos da jurisprudência francesa.

Isso porque tais fatos, de ordinário, pertencem à esfera da vida privada, não constituindo notícia de interesse aos demais, que não se pode confundir com a mera curiosidade, e devem ser respeitados pela imprensa, a não ser em situações tais como quando as atividades próprias da intimidade individual estejam colocando em risco ou ofendendo a segurança ou bem públicos, caso em que o direito de informar se converte em um dever de informação jornalística. É importante destacar que a harmonia dos direitos e deveres fundamentais, em uma organização racionalmente concebida, pressupõe que cada um cumpra com seu papel social imbuído de boa-fé, direcionado ao bem comum.⁶²⁵

Esto significa, por una parte, que solamente puede invocar el respeto de sus derechos propios aquel individuo que haya cumplido cabalmente con sus deberes hacia la sociedad, en forma de satisfacer aquello que la sociedad o sus representantes pueden exigirle legítimamente como su contribución al mejor desarrollo y progreso social, y de otra parte, que los organismos sociales y quienes cumplen funciones públicas (la prensa, entre otros) no han de invocar como razones de necesidad o de bien social lo que solamente constituye un afán de aumentar el número de sus lectores por la vía de halagar pasiones o inclinaciones negativas del grueso público, o un propósito de vaciar pasiones incontroladas.⁶²⁶

Um segundo ponto a ser avaliado diz com o comportamento da pessoa que é objeto da notícia, pois existem alguns que procuram os holofotes, fazendo de suas experiências pessoais “um teatro aberto aos olhos e ouvidos de todos”, daí podendo ser deduzida uma presunção de autorização ou consentimento tácito na divulgação dos fatos ocorridos nestas circunstâncias, o que pode ser alterado pelo posterior recolhimento da pessoa ao anonimato, ou mesmo pelo decurso do tempo.⁶²⁷

Outro aspecto que costuma ser levado em conta é o local em que ocorre o fato noticiado, valendo como regra geral que aquilo que se passa em lugares públicos, como praças, praias, ruas, rodovias, parques, dentre outros, pode ser conhecido por qualquer um e levado ao conhecimento dos demais.⁶²⁸ Contudo, dita

⁶²⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos**, p. 199-201.

⁶²⁶ Idem, p. 201.

⁶²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 391.

⁶²⁸ Veja-se o capítulo “2”, item “2.2.4”, sobre restrições ao direito à privacidade e intimidade.

regra é relativa. Exemplificativamente, as conversas levadas a efeito em tais ambientes não devem ser tidas por “públicas”, dizendo respeito apenas àqueles que as mantêm, o que também pode incluir certas atitudes pessoais, realizadas em lugares públicos, mas em condições de imaginável resguardo, como em locais escuros, ermos ou desertos, de modo que a qualidade de privado não é perdida pelo simples fato de o local ser público, se os interessados tomaram precauções razoáveis para que fosse preservada sua intimidade.⁶²⁹

Além disso, a pessoa sobre a qual versa a notícia deve ser considerada. Já foi referido que as pessoas públicas, célebres e notórias têm os limites de sua privacidade restringidos,⁶³⁰ o que não quer dizer que não tenham direito a qualquer espaço privado, como aqueles que sustentam ser indivisíveis as frações pública e reservada de um homem público⁶³¹ ou “pessoa da história contemporânea” (aqui compreendidas as personalidades que exercem influência sobre a comunidade, como chefes de Estado, presidentes de partidos políticos, candidatos políticos, guias espirituais, artistas e atores, cantores, desportistas, e mesmo aqueles que, de modo voluntário ou não, viram-se envolvidos em questões de repercussão pública). Ademais, há de se ter em vista o papel social do envolvido. Cuidando-se de alguém que exerça ministério ou cargo público, para que haja licitude na ingerência em aspectos de sua privacidade, devem guardar relação com sua atividade religiosa ou pública, ficando a salvo os assuntos que gravitam fora da repercussão funcional, como os dramas familiares e preferência sexual.⁶³²

⁶²⁹ MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos**, p. 202-203.

⁶³⁰ Veja-se o capítulo “2”, item “2.2.4”, sobre restrições ao direito à privacidade e intimidade.

⁶³¹ Darcy Arruda Miranda compartilha de tal entendimento, concluindo pela “[...] impossibilidade de distinguir no indivíduo que exerce uma função pública, uma vida privada distinta da funcional, a não ser [...] a sua vida doméstica. A sua atividade civil não se desprende da qualidade com que a função pública o identifica. O presidente da República, o juiz de direito, o governador, o ministro, o senador, o deputado, o secretário de Estado, o promotor de justiça, o vereador, o prefeito, o professor, o inspetor de polícia, o comissário de menores, etc., em quaisquer atividades extrafuncionais, são sempre identificados com aqueles atributos pessoais. Os seus negócios particulares sofrem a influência dos cargos que ocupam ou funções que desempenham. A sua vida social não se dissocia da qualificação funcional”. In: MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**, p. 274.

⁶³² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 392-3.

Uma fórmula proposta para solucionar a colisão dos direitos fundamentais nesses casos, delimitando as fronteiras da vida privada, apóia-se em duas coordenadas, quais sejam, a vinculação dos aspectos da intimidade com a atuação pública ou com os efeitos que aqueles geram na comunidade, e o ponto em que chegou a vontade individual de abrir-se ao público.⁶³³

Portanto, a restrição há de ser contingente e funcional quanto ao alcance, de acordo com a regra da finalidade e da proporcionalidade, que Sampaio sintetiza em dois questionamentos: “há interesse público real no conhecimento da informação a ser veiculada? Se houver, é suficientemente relevante para suplantar a intimidade da pessoa noticiada?”⁶³⁴

A análise do que seja interesse público real e suficiente a superar o direito à privacidade traduz a dificuldade pertinente aos conceitos abertos, porosos, ambíguos e vagos com que o operador do Direito está acostumado a lidar, sendo, ademais, “conceito relativo e mutante, vagando ao sabor das necessidades e imposições de caráter coletivo, que, por seu turno, guardam estreita relação com o tempo e a latitude”⁶³⁵, merecendo interpretação à luz dos demais princípios constitucionais e direitos fundamentais, especialmente, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

É conhecido o desejo profundo e insaciável que as pessoas têm de acessar detalhes íntimos da vida alheia, encontrando uma imprensa vigilante e disposta a satisfazer a curiosidade do público. Porém, o □□□□minado interesse público não se há que confundir com o interesse *do* público, comum ou vulgar, identificado com a

⁶³³ MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos**, p. 207.

⁶³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 392.

⁶³⁵ CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**, p. 101.

simples vontade de saciar a “pura bisbilhotice e o mexerico”⁶³⁶; ele está ancorado no pressuposto de que a notícia é relevante ao destinatário: “[...] se não lhe acresce cultura louvável, ao menos lhe traz informação útil, proveitosa ou vantajosa à sua interação como ente que participa do desenvolvimento sociocultural”.⁶³⁷

O interesse do público pelos detalhes íntimos das vidas das pessoas notórias e também daquelas que não são celebridades decorre, segundo Bauman, de uma avidez pelo “aconselhamento”, em que homens e mulheres têm buscado “exemplos”, ao invés de líderes⁶³⁸, esperando que os que estão sob os refletores lhes mostrem como o que “importa” – aqui entendido o que se passa em sua vida privada – é feito. Partindo da crença, diariamente propalada, de que o que ocorre em suas vidas é de sua responsabilidade, o que está errado decorre de seus erros e que somente com suas próprias ferramentas e esforços é possível consertar, supõem que por meio do conhecimento desses aspectos íntimos das vidas de pessoas célebres, poderão tirar lições de como fazê-lo.⁶³⁹

Um lugar sob os refletores é um modo de ser por si mesmo, que estrelas do cinema, jogadores de futebol e ministros de governo

⁶³⁶ Ao falar sobre os programas de entrevistas, em que as pessoas compartilham com o público suas mazelas e histórias de vida, Baumann qualifica como arrogante e equivocada a condenação do “vício” em referidas atrações como efeito da “eterna avidez humana pela fofoca e da curiosidade barata”, pois em um mundo pleno de meios, mas obscuro quanto aos fins, os programas de entrevista atendem a uma demanda genuína por aconselhamento, uma vez que diante da crença de que depende de nós fazermos o melhor por nossas vidas, por meio de nossas qualidades, torna-se importante saber como as demais pessoas agem diante de semelhantes desafios. Desse modo, nos programas de entrevistas, em face da exposição de experiências que seriam consideradas íntimas, o discurso público sobre questões privadas é legitimado. Tal é o efeito do capitalismo “leve”, “amigável com o consumidor”, que não dispensou as autoridades que ditam as leis, mas permitiu sua coexistência em maior número, por período de curta duração e sem exclusividade. Assim, os *conselheiros* falam sobre o que as pessoas podem fazer por “elas mesmas e para si próprias, cada uma para si”. In: BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 75-82.

²¹³ □□ABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade, p. 337, 340-1.

⁶³⁸ Baumann explica a diferença entre o “líder” e o “conselheiro”, em que o primeiro foi um “produto não-intencional”, “complemento necessário” do mundo que tinha por finalidade a “boa sociedade”, que procurava se afastar das alternativas impróprias, agindo como intermediário entre o bem individual e o bem coletivo, entre as preocupações privadas e as questões públicas, o que não ocorre no mundo da “modernidade líquida”, em que surgem os “conselheiros”, que conquistam a boa vontade dos possíveis ouvintes mediante bajulação, ficando seus conselhos na área restrita do privado. Ainda, traz o autor um exemplo de conselho, contido em livro de grande popularidade e sucesso na área de auto-ajuda: “a maneira mais garantida de enlouquecer é envolver-se com os assuntos de outras pessoas, e a maneira mais rápida de tornar-se são e feliz é cuidar dos próprios”. In: BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 76-7.

⁶³⁹ Idem, p. 84.

compartilham em igual medida. Um dos requisitos que se aplica a todos é que se espera – “eles têm o dever público” – que confessem “para consumo público” e ponham suas vidas privadas à disposição, e que não reclamem se outros o fizerem por eles. [...] **o modo como as pessoas individuais definem individualmente seus problemas individuais e os enfrentam com habilidades e recursos individuais é a única “questão pública” remanescente e o único objeto de “interesse público”**.⁶⁴⁰ (sem grifos no original)

Assim é que a defesa da intimidade pode ser reconduzida à defesa da esfera pública, visando a evitar que o público seja banalizado e se transforme na “trivialidade do mexerico”, além de impedir que o juízo político seja prejudicado pelo princípio da exclusividade⁶⁴¹, uma vez que aquele demanda intersubjetividade e senso comum.⁶⁴²

Na esfera do interesse público, são também mencionadas questões de relevância científica, didática ou cultural, bem como aquelas relativas à segurança

⁶⁴⁰ BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 84-5.

⁶⁴¹ Ao propor uma distinção entre as esferas de desenvolvimento da sociedade, Arendt evidencia três espaços distintos de atuação do indivíduo: a esfera *política*, regida pelo *princípio da igualdade*, no sentido de promoção da igualdade de oportunidade e condição, e da igualdade de direitos; a esfera *social*, espaço híbrido entre o privado e o político, constituindo o local em que passamos a maior parte da vida, impelidos pela necessidade de sobrevivência ou pelo desejo de seguir nossa vocação, onde o que importa são as diferenças, que conduzem à participação em grupos, e através das quais se torna possível a própria identificação, correspondendo a discriminação nesta esfera ao que a igualdade é naquela; por fim, a esfera do privado, informada pelo princípio da *exclusividade*, onde [...] escolhemos aqueles com quem desejamos passar a vida, os amigos pessoais e aqueles a quem amamos; e a nossa escolha não é guiada pela semelhança ou por qualidades partilhadas por um grupo de pessoas – na verdade, não é guiada por nenhum padrão ou regra objetivo -, mas recai, inexplicável e infalivelmente, numa pessoa pela sua singularidade, sua diferença de todas as outras pessoas que conhecemos. As regras da singularidade e exclusividade estão e sempre estarão em conflito com os padrões da sociedade, precisamente porque a discriminação social viola o princípio da vida privada e perde a validade para a conduta da vida privada. [...] os direitos da privacidade são grosseiramente violados sempre que a legislação começa a impor a discriminação social. Embora o governo não tenha o direito de interferir nos preconceitos e práticas discriminatórias da sociedade, ele não só tem o direito, mas também o dever de assegurar que essas práticas não sejam legalmente impostas. Assim como o governo tem de assegurar que a discriminação social nunca cerceie a igualdade política, deve também salvaguardar os direitos de toda pessoa de agir como quiser dentro das quatro paredes da sua casa. No momento em que a discriminação social é legalmente imposta, torna-se perseguição [...] No momento em que a discriminação social é legalmente abolida, a liberdade da sociedade é violada [...]. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de “Responsability and Judgement”. Traduzido por Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 268; 274-7.

⁶⁴² ARENDT, Hanna, apud LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 269.

pública⁶⁴³. Consoante jurisprudência alemã, em se tratando de informações sobre assuntos criminais, em princípio, prevalece o direito à informação, por exigência do interesse social, e porque o criminoso há de suportar as conseqüências de seus atos. Todavia, no famoso caso *Lebach*⁶⁴⁴, a partir de um juízo de ponderação, deu-se por prevalente o direito do apenado à intimidade e à sua reinserção social, assentando a decisão que aos meios de comunicação, não é dado informar, indefinidamente, sobre os criminosos e sua vida íntima, havendo que se estabelecer um certo limite temporal para que perdurem tais informações, para o que há de se levar em conta o interesse na reintegração do infrator à sociedade e a restauração de sua posição social.⁶⁴⁵

Mais especificamente, sobre a colisão entre a privacidade e a liberdade artística e científica, e atinente ao interesse cultural, o direito italiano desenvolveu duas correntes, uma referindo bastar o fim artístico da atividade ou obra para justificar as invasões da intimidade, enquanto para a outra, haverá de ser analisada a questão no âmbito do interesse público. Por sua vez, na França, adotam-se as seguintes regras, extraídas da casuística: o uso de nomes de pessoas reais em narrativa de ficção, acompanhada de circunstâncias que possibilitem a identificação, deve ser precedida de autorização; a reprodução literária, cinematográfica e artística em geral de fatos reais da vida íntima de alguém ou deve omitir nomes e características que o tornem identificável ou deve ser seguida à autorização; o

⁶⁴³ Veja-se, sobre tais aspectos, o item "2.2.4" do capítulo "2", em que analisamos as restrições ao direito fundamental da vida privada.

⁶⁴⁴ O caso foi julgado pelo Tribunal Estadual de Coblença, e depois pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão. O crime havia sido muito rumoroso, consistente em assalto a um depósito de munição de um batalhão de caçadores pára-quedistas, em que foram mortos quatro soldados, e ferido um quinto, tendo sido três os autores do fato, dos quais dois foram condenados à prisão perpétua, e o terceiro, que premeditara com eles o evento, mas do qual não participou ativamente, foi condenado a seis anos de reclusão. A sentença foi proferida em 07/08/70. Em março de 1971, publicou-se livro sobre o episódio, e, no início de 1972, concluiu-se um documentário sobre o caso, que foi objeto de requerimento de proibição da transmissão do documentário pelo terceiro autor, negada pelo Tribunal Estadual de Coblença, sob o fundamento do interesse da população em obter informação sobre o assunto, preponderando o direito à livre manifestação da opinião para a informação de fatos de interesse público. O terceiro cúmplice apresentou queixa ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, por violação aos seus direitos fundamentais, tendo a Corte proibido a transmissão, se a pessoa do autor fosse mencionada ou apresentada, por implicar grave impacto sobre sua personalidade, sendo duvidoso, ademais, que a transmissão exerceria caráter intimidador sobre autores em potencial, de modo que o interesse a ser preferido era o do autor. In: HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**, p. 261-4.

⁶⁴⁵ GARDÓ, Antonio Fayos. **Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación**, p. 153-4.

historiador pode ingressar na intimidade das pessoas, desde que os fatos sejam verdadeiros e relevantes à compreensão dos acontecimentos históricos.⁶⁴⁶

Na aferição do que constitua o legítimo anseio público, à fórmula de proporcionalidade (necessidade, mais utilidade, mais adequação), Jabur acrescenta o pressuposto da verdade da informação⁶⁴⁷, assentando que a *necessidade* da informação está relacionada ao fato de ser indispensável ao desenvolvimento social e à “formação saudável da opinião”, da crítica justificada, relevantes ao aperfeiçoamento das instituições democráticas; sua *utilidade* encontra correspondência em um interesse de conteúdo, diverso da fofoca; a *adequação*, por fim, guarda vínculo com uma publicação ponderada, que leva em conta a forma com que a informação chegará ao público (o local da publicação, o tamanho e extensão da matéria, o impacto e destaque do título, a ênfase dada ao conteúdo, etc.), sendo sua medida “encontrada no respeito aos direitos personalíssimos e no grau de interesse efetivo pela notícia”.⁶⁴⁸ Conclui este autor:

De sorte que, havendo imperativo na transmissão da informação, quer dizer, compelida sua veiculação diante da relevância social de seu conteúdo (necessidade), do que deve decorrer seu efetivo proveito profissional, político, cultural, artístico, científico, desportivo, ou para o lazer (utilidade), de olhos não menos atentos à correta veiculação, sem distorções, sem acréscimos ou diminuições propositadas, sensacionalistas ou denegridoras da honra ou da vida privada, através dos meios consentâneos com a notícia, sem perder de vista o tipo e a extensão do realce merecidos (adequação) – diferentes daqueles endemicamente excessivos e amiúde propostos pelo órgão comunicacional -, legítima será a notícia, porque autêntico será interesse público em conhecê-la.⁶⁴⁹

Algumas posturas na comunicação social também podem ser destacadas, em auxílio ao equacionamento do direito fundamental à liberdade de comunicação e à privacidade: a ausência de paixão na informação, transmitindo-se o fato e as peculiaridades necessárias à sua compreensão na medida do interesse social “idôneo”; a narrativa deve ser feita sem omissões capazes de retirar o sentido e a

⁶⁴⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**, p. 386-7.

⁶⁴⁷ Acerca da verdade, remetemos à leitura do capítulo “2”, item “2.3.2”.

⁶⁴⁸ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade, p. 341-5.

⁶⁴⁹ Idem, p. 346.

compreensão exata do ocorrido, além de ser objetiva, evitando-se sugestionar, em especial, quando tal representar violação ao direito à privacidade dos envolvidos; o título da matéria (e aqui, poderiam ser incluídas as “chamadas” televisivas e radiofônicas) deve corresponder ao seu conteúdo principal, sem realçar aspectos íntimos, que incitem a curiosidade; a dramatização há de ser evitada, mormente quando o intento seja denegrir a imagem alheia; a notícia há de ressaltar o aspecto da suspeita, quando não haja conclusão definitiva sobre determinado acontecimento; fotografias de pessoas em situações de intimidade ou prostração, bem como de cadáveres, não devem ser publicadas, repudiando-se, sobretudo, aquelas obtidas através de meios intrusivos, como as resultantes de ação dos “paparazzi”.⁶⁵⁰

Há de se sublinhar, entretanto, que as diretrizes aqui traçadas não devem servir para encobrir as particularidades dos casos, obscurecendo a singularidade peculiar de cada situação⁶⁵¹, única, devendo o parâmetro de caráter geral encontrar a sabedoria da aplicação à situação concreta, não se perdendo de vista que o processo compreensivo-interpretativo é sempre - e principalmente – aplicativo.

⁶⁵⁰ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade, p. 347-51.

⁶⁵¹ Com Streck, poder-se-ia definir ditas diretrizes como pautas gerais, que “são os enunciados, os precedentes, as Súmulas e a própria legislação, que somente adquirem vida no momento da aplicação”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, p. 262.

CONCLUSÃO

Em sua origem, a jurisdição esteve atrelada à função declaratória do direito, o que pode ser observado nas doutrinas de Chiovenda e Calamandrei, ao ressaltarem seu aspecto de atuação da vontade concreta da lei, fundando distinção profunda e antagônica entre os poderes Legislativo e Judiciário, em que, ao primeiro, cumpria editar as regras legais e ao segundo, meramente atuá-las ou aplicá-las, negando-lhe qualquer função criativa, sendo que tal modo de perceber o fenômeno jurisdicional continua exercendo influência até os dias de hoje.

Entretanto, a jurisdição há de ser considerada como um todo, vista como expressão do poder estatal, em que se insere no quadro social e político, refletindo-se a evolução histórica do Estado nas noções que se têm acerca do poder, inclusive do poder jurisdicional, bem como nos direitos fundamentais e suas diversas gerações ou dimensões.

Assim, na gênese, o Estado de Direito foi palco dos princípios da legalidade (formal) e da separação dos poderes, identificando-se com os conceitos de jurisdição proclamados por Chiovenda e Calamandrei, passando pela socialização do Estado até chegarmos ao momento atual, do Estado Democrático de Direito, que deve realizar uma democracia participativa, equilibrando os valores do bem-estar social e da liberdade individual, para o que não mais se mostra adequada e suficiente a concepção da jurisdição meramente declaratória e reprodutora da lei, irresponsável e inerte, devendo ser reconhecida sua função criativa e transformadora da realidade.

As mudanças observadas na atividade jurisdicional estão intimamente relacionadas à evolução histórica do Estado, que, de liberal e individualista, passou a ser concebido como Estado do Bem-Estar ou *Welfare State*, cujas funções legislativa e administrativa tiveram ampla expansão, verificando-se intensa criação legislativa; o processo mudou de "face", ao incluir entes públicos em seus pólos, daí derivando a justiça constitucional e administrativa; os direitos sociais, traduzidos em conteúdo programático; a sociedade de massa, em que o individual foi substituído pelo coletivo, fazendo com que as noções tradicionais do processo sofressem alteração; enfim, todos esses fatores exigiram uma mudança no papel do Judiciário, tomando postura fortemente ativa e criadora do Direito.

De outra banda, a ampliação dos poderes Executivo e Legislativo acarretaram a desconfiança da população, desmoronando o mito da lei como expressão da vontade popular, dando lugar a uma crise de legitimação democrática, em que o Judiciário passou a ser visto como última instância de proteção do indivíduo, cumprindo-lhe, pois, assumir seu papel de "terceiro gigante", controlador dos demais poderes, atuando na concretização dos direitos sociais, difusos, coletivos, a par da tradicional solução dos conflitos privados, o que confere maior representatividade ao sistema e reforça os pilares do Estado Democrático de Direito, ao viabilizar a inclusão daqueles que jamais teriam condições de tomar parte do processo político.

Entretanto, a evolução estatal, que desembocou na metamorfose da própria função jurisdicional, não encontrou correspondência no senso comum teórico dos juristas, verificando-se que o Direito continuou a ser estudado e aplicado de acordo com o paradigma individualista e liberal, em que o processo interpretativo é visto como reprodutor de sentido, típico da hermenêutica da filosofia da consciência, na qual a linguagem tem lugar secundário e instrumental, o que se constata da análise dos conceitos de interpretação e métodos empregados, cuja arbitrariedade, na ausência de possibilidade de sistematização e de um "método dos métodos", é traço de destaque.

Sob um novo e amplo horizonte proporcionado pela hermenêutica filosófica de cunho heideggeriano-gadameriano, a linguagem ocupa posição central, e a compreensão-interpretação é aplicação, realizada em um momento único, sendo tal atividade produtora de sentido, sentido que não é unívoco e nem está dentro do texto, de modo que possa ser descoberto ou extraído pelo intérprete; ao contrário, ele é determinado pelo modo-de-ser no mundo do intérprete, em que o processo interpretativo é realizado sempre tendo por ponto de partida e de chegada uma situação concreta, no qual não se pode separar a pré-compreensão do intérprete, condicionada por suas experiências, conhecimentos, e preconceitos (pré-juízos), decorrentes de sua circunstância histórica. Desse horizonte, o Direito, antes de tudo, é um problema lingüístico.

Entretanto, a criação judicial do Direito, ainda que se constitua em atividade com certa dose de discricionariedade, não deve ser arbitrária, mas resultar de uma ponderação justa do sistema jurídico, composto de regras e princípios, cuja unidade é fornecida pela Constituição, em que os direitos fundamentais são expressão da ordem social de crenças e valores, que dão legitimidade ao ordenamento, cuja interação com a realidade que o cerca não pode ser ignorada.

Nesse passo, tanto o direito fundamental à intimidade e à vida privada como o direito fundamental à liberdade de expressão e de comunicação são protegidos pela Constituição, podendo ser reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, seu verdadeiro núcleo, sendo freqüente, todavia, a colisão entre ambos, cuja relatividade lhe é peculiar, uma vez que não são ilimitados, mas, pelo contrário, têm suas fronteiras definidas a partir das relações que mantêm entre si e com outros bens jurídicos, igualmente dignos de proteção constitucional.

A realidade que assistimos pela televisão, que lemos nos jornais e revistas, que conectamos via *Internet*, não traça um quadro muito alentador. De fato, temos de reconhecer que nossa sociedade massificada e consumista tem saboreado, com prazer, muita "junk food" cultural: cada vez mais, proliferam as "notícias" desprovidas de conteúdo útil, tais como as fofocas e informações acerca de detalhes íntimos da vida dos célebres; os programas de auditório, em que os aspectos mais

dramáticos e bizarros da vida humana são explorados, de forma sensacionalista e verdadeiramente indigna; para não falar nos *reality shows*, do tipo Big Brother, Casa dos Artistas, etc., poluindo nossas mentes e almas, ocupando o espaço público com questões irrelevantes, as quais deveriam estar confinadas nos lares. Realmente, tornamo-nos superficiais. Nossa alma, comprimida, está pequena.

Enquanto isso, as questões públicas ficam esquecidas, perdem interesse, distanciam-se cada vez mais do indivíduo, que também fica a léguas da cidadania, em uma sociedade paradoxal, em que sobram informações, mas faltam condições à realização de sua análise crítica, gerando uma verdadeira desnutrição informativa na sociedade da informação.

Parece até mesmo difícil pensar que a liberdade de imprensa foi duramente conquistada, desejada ardentemente como meio de atingir o conhecimento e a verdade, um dos pilares de uma cidadania democrática, sendo atualmente concebida como valor indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana e ao seu livre desenvolvimento, além de componente indispensável à concretização da democracia.

Tais ideais não podem ser esquecidos, contudo; os referenciais morais e éticos devem estar presentes, a fim de que possamos identificá-los quando necessário. Assim, as diversas funções sociais pertinentes aos meios de comunicação de massa, ou seja: fiscalização de órgãos estatais; fornecimento de informações aos cidadãos, a fim de viabilizar o debate público, bem como na prestação de serviços de utilidade pública e de socialização; auxílio na formação cultural e educação da cidadania, devendo ser recordadas quando surgirem conflitos que envolvam o direito fundamental à liberdade de comunicação social, pois a legitimidade de seu exercício há de guardar proporção à concretização de ditas funções ideais. Merecem, ainda, ser consideradas as restrições aos direitos fundamentais em exame, todas apoiadas no texto constitucional, ainda que de modo não explícito, e, no caso específico da liberdade de comunicação social, o compromisso com a verdade.

Outrossim, há que se destacar que os direitos fundamentais vinculam a criação judicial do Direito, seja na aplicação de um processo justo, seja no conteúdo

das decisões, inclusive na solução das colisões, constituindo verdadeiros parâmetros à atividade jurisdicional criativa, de modo que o “juiz social” do Estado democrático de Direito há de ter sensibilidade aguçada para a questão dos direitos fundamentais, e a percepção de que sua interpretação significa concretização, processo no qual os princípios representam importante norte, dentre os quais se destacam a razoabilidade e a proporcionalidade.

No confronto dos direitos fundamentais em estudo, a ponderação passa pela análise da questão primordial do interesse público (interesse científico, cultural, político, de segurança pública), momento em que a valoração – implicando, em certo grau, discricção – é inevitável. Podem, contudo, ser apontadas algumas diretrizes, como a da maior restrição à privacidade dos homens públicos, observada a vinculação dos aspectos íntimos e da atuação pública; a presença da distinção entre interesse *do* público e interesse público, deste se afastando a mera curiosidade; a avaliação do comportamento daquele que tem sua privacidade invadida, ou seja, até que ponto franqueou, ainda que tacitamente, dita interferência; o local em que ocorreu o fato noticiado; a questão temporal da notícia, em que se observa o direito ao esquecimento, dentre outras.

Assim, os princípios e os direitos fundamentais revelam-se como efetivos parâmetros à atividade de criação judicial, exigindo uma interpretação concretizadora, que lhes dê o máximo de proteção e satisfação, resultado de uma tarefa de hierarquização entre os valores em jogo, em que o juiz contemporâneo há de estar consciente de seu papel, não podendo se eximir da responsabilidade decorrente de suas escolhas, em um espaço discricionário que lhe é próprio, pois não é mero reproduzidor das palavras da lei, detrás das quais se podia ocultar em um tempo passado; é, sim, autêntico agente criador do Direito, operário das transformações almejadas pela sociedade à que serve.

A teoria pode estar ainda bem distante da realidade, e pode-se mesmo pensar que ela é tão bela quanto utópica e inviável, mas é a esperança em torná-la concreta e o ideal de bem distribuir a almejada justiça que dignificam o complexo ato de julgar.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.

ALEXY, Robert. "Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático." In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-79, 1999.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ALMINO, João. **O Segredo e a Informação**. Ética e Política no Espaço Público. São Paulo: Brasiliense, 1986. 118 p.

AMARAL, Roberto. "Imprensa e controle da opinião pública: informação e representação popular no mundo globalizado". In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, nº 148, p. 197-218, out.-dez. 2000.

ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. 350 p.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de "The Human Condition". Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 352 p.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de "Responsability and Judgement". Traduzido por Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 375 p.

_____. **Verdade e Política**. Tradução de "Truth and Politics", traduzido por Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'Água Editores Ltda., 1995. 59 p.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoría Discursiva del Derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. 237 p.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. 238 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 138 p.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de "Liquid Modernity". Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 258 p.

BETTI, Emilio. **Teoria Generale Della Interpretazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990. v. I.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997. 100 p.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 498 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

_____. **Do Estado Liberal do Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p.

BORDENAVE, Juan E. Dias. **O que é Comunicação**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. 105 p.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. p. 1-2. Disponível em: <http://www.Lawrence.ed/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 18 nov. 2005.

BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 303 p.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. I.

CALDAS, Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997. 158 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000. 1.504 p.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. 310 p.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida**. 3ª. ed. Madri: Trotta, 2001. 296 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução de "Giudici irresponsabili?" Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de "Giudici Legislatori?" Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. "Los Jueces en La Encrucijada: Entre el Decisionismo y La Hermeneutica Controlada". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 68, nov. 1996. p. 313-27. Ano XXIII.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 133 p.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. 416 p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 338 p.

_____. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II.

CLÉVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis. "Algumas Notas sobre Colisão de Direitos Fundamentais." In: GRAUS, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (org.), **Estudos de Direito Constitucional**: em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

_____. "A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. 363 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 413 p.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 299 p.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. 371 p.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Traduzido por J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 208 p.

_____. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FERREIRA, Aluízio. **Direito à Informação**. Direito à Comunicação. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. 295 p.

FLACH, Daisson. "O Direito à Intimidade e à Vida Privada e a Disciplina dos Meios de Comunicação." In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861 p.

FORTUNA, Felipe. "John Milton e a Liberdade de Imprensa." In: MILTON, John. **Aeropagítica**: discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

FREITAS, Juarez. "O Intérprete e o Poder de dar Vida à Constituição." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. 631 p.

_____; FRUCHON, Pierre (org.). **O Problema da Consciência Histórica**. 2. ed. Traduzido por Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitucion como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1994. 264 p.

GARDÓ, Antonio Fayos. **Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación**. Madri: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2000. 477 p.

GONZALEZ, Matilde M. Zavala. **El Derecho a La Intimidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982. 199 p.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. 276 p.

GUERRA, Sidnei César Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 184 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 285 p.

HÄBERLE, Peter. "A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 184 p.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Traduzido por Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984. 397 p.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. 507 p.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Traduzido por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. 96 p.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. 141 p.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Traduzido por Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993. 202 p.

LEAL, Rogério Gesta. "O Método na Pesquisa Jurídica: tipologias tradicionais." In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 87, t. I, p. 247-64, set. 2002.

_____. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

LIMBERGER, Têmis. "As Informações Armazenadas pela Instituição Bancária e o Direito à Intimidade do Cliente." In: **Revista Jurídica da ESMP**, ano 3, nº 1, p. 167-200, jan.-jun. 2004.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. 207 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996. 167 p.

MARTINS, Leonardo. "O Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas Implicações Práticas". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXXII, n. 98, p. 161-93, jun. 2005.

MARTINS, Luciana Mabilia. "O Direito Civil à Privacidade e à Intimidade". In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861 p.

MAURER, Béatrice. "Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central." In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 184 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: Livraria Bosch, 1979.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Tradução de The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, por Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. 259 p.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. t. 1. 400 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, 563 p.

MIRANDA, Pontes Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. V.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**. São Paulo - Leme: LED, 1996. 179 p.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información**: un conflicto de derechos. Cerro Del Agua, México: Siglo XXI, 1981. 224 p.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. 727 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo." In: SARLET, Ingo W. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; et al. "A Jurisprudencialização da Constituição. A Construção Jurisdicional do Estado Democrático de Direito". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito 2002**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 147 p.

MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX**: o espírito do tempo. Traduzido por Maura Ribeiro Sardinha. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 204 p.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 308 p.

_____. "Efetividade e Processo de Conhecimento". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXVI, n. 75, p. 120-35, ago. 1999.

_____. "O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais." In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXX, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 212 p.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. "Interpretação Jurídica e Aplicação do Direito". In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Ano X, n. 27, p. 180-96, mar. 1983.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995. 550 p.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. "Verdade, uma busca sem fim". In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 309 p.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302 p.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 150 p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**. Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. 48 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 616 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). "As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." In: **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 184 p.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 464 p.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 158 p.

SENNETT, Richard. **O Declínio do Homem Público**. As Tirantias da Intimidade. Traduzido por Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 447 p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. "O Princípio da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual e o Problema do Homem Médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica". In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.) "Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica." **Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.

SOUSA, Nuno e. **A Liberdade de Imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984. 328 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERN, Klaus. "O Juiz e a Aplicação do Direito." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

STF – **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 21 set. 2005.

_____. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 21 set. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. "A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)Constitucionalismo. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica." In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.) "Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica." **Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. "Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn." In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **As Intercaptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**: Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 110 p.

_____. **Constituição ou Barbárie**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/novo/professores/Professores02.pdf>>. Acesso em: 4 abr. de 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma Exploração hermenêutica da Construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 328 p.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 297 p.

_____; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 521 p.

TJRS – **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 04 maio 2006.

_____. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 21 set. 2005.

TORRES, José Henrique Rodrigues. "A Censura à Imprensa e o Controle Jurisdicional da Legalidade." In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 705, p. 24-33, jul. 1994.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Traduzido por Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madri: Taurus, 1986. 157 p.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. 2. ed. 2ª versão, aumentada, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. "Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais." In: **Revista AJURIS**, Porto Alegre, Ano XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.