

**A PONDERAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO CRITÉRIO PARA O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: DECISIONISMO (LEIA-SE ATIVISMO
JUDICIAL) OU JUÍZO FUNDAMENTADO? UMA
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL***

**BALANCING OF FUNDAMENTAL RIGHTS
AS CRITERIA FOR THE JUDICIAL REVIEW OF
PUBLIC POLICIES: DECISIONISM (OR: JUDICIAL
ACTIVISM) OU RACIONAL REASONING? AN
ANALYZIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT
JURISPRUDENCE**

*Mônia Clarissa Leal**
Gláucia Schumacher****

* Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (Ciepp), financiado pelo Finep e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), onde a primeira autora coordena o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise comparativa da atuação do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, na condição de coordenadora e participante, respectivamente. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma Jurisdição Constitucional Aberta: análise comparativa entre os sistemas brasileiro, alemão e norte-americano e sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que conta com recursos do Edital das Ciências Sociais/2010 do CNPq e do Programa Pesquisador Gaúcho 2010, da Fapergs.

** Pós-doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha; doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pesquisa realizada pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha; professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc); coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Universidade de Santa Cruz do Sul; advogada. Contato: moniah@unisc.br

*** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc); advogada. Contato: glaucia@msbnet.com.br

RESUMO

Em tempos de neoconstitucionalismo, em que os ordenamentos jurídico-constitucionais são marcados por um caráter principiológico, os Tribunais Constitucionais ganham destaque, sendo, contudo, objeto de críticas, pautadas, sobretudo, na ausência de critérios objetivos para a ponderação e na extensão dada à atuação do magistrado, que abriria caminho para o assim chamado “ativismo judicial”. Nesse contexto é que se pretende analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a fim de verificar até que ponto suas decisões observam os elementos da ponderação, constituindo-se em juízos fundamentados, ou se caracterizam como simples “decisionismo”, que poderia ser classificado como uma espécie de ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Ponderação. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In times of neoconstitutionalism, where Constitutions are identified by principles, Judicial Review gains a very important role, being, however, criticized because of the absence of criteria for the solution of hard cases and because of the extension given to judges decisions, that could be classified as “judicial activism”. In this context is the intent of this work to analyze the Brazilian Supreme Court decisions, trying to evaluate if they consider the elements of balancing, with rational reasoning, or if they can be classified as simple “decisionism”, resulting in a kind of “judicial activism”.

Keywords: Judicial activism. Balancing. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em tempos de neoconstitucionalismo, em que os ordenamentos jurídico-constitucionais se caracterizam por seu aspecto marcadamente principiológico e interpretativo, a ponderação assume um papel de destaque no campo hermenêutico e na concretização dos direitos fundamentais. Esse recurso, que acentua os aspectos hermenêuticos

– sobretudo no âmbito dos Tribunais Constitucionais – tem, contudo, sido objeto de inúmeras críticas, pautadas, sobretudo, na insegurança jurídica representada pela ausência de critérios objetivos para a solução do conflito e pela extensão dada à atuação do magistrado, que teria as portas abertas para a prática do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Nesse contexto é que se faz importante a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no que concerne à operacionalização do instituto em questão, o que se fará, aqui, a partir da análise crítica de algumas de suas decisões, a fim de verificar até que ponto elas se baseiam em fatores racionais, que observam os elementos da ponderação, constituindo-se em juízos fundamentados, ou se caracterizam como simples “decisionismo”, que poderia ser classificado como uma espécie de ativismo judicial.

O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA

O presente tópico se destina à análise de algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram o tema da colisão entre direitos fundamentais, adotando-se, como referencial, o conflito entre liberdade de expressão e comunicação e direito à privacidade, com o objetivo de verificar como se tem dado a atuação desse Tribunal Constitucional em relação a esse conflito específico de direitos fundamentais. O momento também se destina a perscrutar, de forma crítica, acerca da operacionalização da ponderação por parte do referido tribunal, no intuito de divisar os parâmetros constitucionais utilizados por essa Suprema Corte na busca por uma fundamentação racional de suas decisões.

Procedendo a uma análise ampla das decisões, pode-se constatar que o parâmetro constitucional da condição do autor do fato (se personalidade pública ou não) tem pautado as decisões do Supremo Tribunal Federal em julgamentos que envolvem colisões entre direitos fundamentais, em especial o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade. Efetivamente, o Tribunal Constitucional brasileiro utiliza-se desse critério com vistas a fundamentar sua opção pela prevalência de um dos princípios:

No que se refere à tensão entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, existe no Supremo Tribunal Federal, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, tendo em vista as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou menor exposição pública das pessoas.¹

É o que se depreende da decisão proferida na Petição n.º 3.486,² proposta contra os jornalistas Roberto Civita, Marcelo Carneiro e Diogo Mainardi, decorrente da matéria publicada na edição do dia 3-5-2005, da revista *Veja*. Apesar de a medida não ter sido conhecida, em razão da injustificada tramitação originária no Supremo Tribunal Federal, o relator, ministro Celso de Mello, adentrou ao mérito da questão, enaltecendo o direito à crítica, compreendido como prerrogativa relevante e inerente ao direito à liberdade de expressão e comunicação:

Não obstante as considerações que venho de fazer no sentido da plena incognoscibilidade do pleito ora formulado, impõe-se observar que o teor da petição em referência, longe de evidenciar supostas práticas delituosas contra a segurança nacional, alegadamente cometidas pelos jornalistas mencionados, traduz, na realidade, o exercício concreto, por esses profissionais da imprensa, da liberdade de expressão e de crítica, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, que assegura, ao jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e exposta em tom contundente e sarcástico, contra quaisquer pessoas ou autoridades.

Na sequência, o relator também se ocupou da prevalência da liberdade de expressão, em detrimento aos direitos à privacidade, quando constatado o envolvimento de pessoas públicas, no caso concreto:

Lapidar, sob tal aspecto, a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciada em acórdão assim ementado: 'Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma'. (JTJ 169/86, Rel. Des. MARCO CESAR – grifou-se).

Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo.

Na ementa de acórdão proferido no HC n.º 78.426, vislumbra-se, novamente, a limitação dos direitos à privacidade das pessoas públicas, em prol da informação:

EMENTA: Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município 'com dívidas causadas por suas falcatruas'.³

Contudo, a ementa transcrita deixa claro que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não é absoluto a ponto de permitir que a honra das pessoas públicas seja enxovalhada, sem qualquer proteção. É o que constata Gilmar Ferreira Mendes ao comentar essa decisão:

Vê-se, aqui, que também o Supremo Tribunal Federal define tópicos que há de balizar o complexo de ponderação, fixando-se que os homens públicos estão submetidos a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, estão obrigados a tolerar críticas que, para o homem comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Todavia, essa orientação, segundo o Supremo Tribunal Federal, não outorga ao crítico um 'bill' de indenidade, especialmente quando imputa a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade.⁴

O parâmetro constitucional da veracidade do fato também é apreciado nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. No RE n.º 208.689, inclusive, foi decisivo para reverter o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenava a colunista Danuza Leão a ressarcir o autor dos fatos, visto que seu texto jornalístico fora considerado ofensivo:

Ementa: Direito à informação (CF, art. 220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. RE conhecido e provido.⁵

Do voto da relatora, ministra Ellen Gracie, extrai-se a conclusão de que a veracidade da notícia veiculada serviu para fundamentar a decisão em prol do direito à liberdade de expressão e comunicação:

Ora, o próprio voto condutor do acórdão recorrido (fl. 480) reconhece que a acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência constou de um dossiê elaborado por um sindicato e que foi encaminhado ao TST. A notícia veiculada no texto jornalístico reproduziu, tão-somente, essa acusação devidamente formalizada junto ao TST para fins de investigação. O texto jornalístico tido como lesivo à honra do recorrido estava, portanto, sob a proteção do art. 220 da Constituição Federal. Não poderia, portanto, ensejar responsabilidade por dano moral, porque ausente o abuso de direito.

Na apreciação de medida cautelar no Mandado de Segurança n.º 24.832-7, o interesse público, como parâmetro constitucional, pautou a decisão do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu o pedido liminar de Law Kin Chong, que, em resguardo ao seu direito de imagem, requisiu que seu depoimento na CPI da Pirataria não fosse televisionado pela TV Câmara. Interessante reprimir o trecho do voto do ministro Marco Aurélio, no qual justifica sua decisão:

Se estou diante de um conflito entre o coletivo e o individual, devo homenagear o coletivo. E vejo aqui, como a estampar o coletivo, o interesse da sociedade em geral em acompanhar os trabalhos do Parlamento, os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito. Ti-

vemos, inclusive, em tramitação no Senado Federal, um projeto de lei para substituir a Lei nº 5.250/67, e nele – interpretando-se a Carta da República, tirando-se dela a ilação segundo a qual, no conflito entre o coletivo e o individual, há de prevalecer o coletivo – havia dispositivo que proclamava que os conflitos entre liberdade de informação e os direitos de personalidade – entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem seriam resolvidos em favor do interesse público, objetivado pela informação [...].

Veja, Vossa Excelência, o que está ocorrendo. As nossas decisões se sustentam pela harmonia irrestrita com a Carta da República. A partir do momento em que não ocorre essa harmonia, começa a haver uma resistência democrática, democrático-republicana, à observância do que decidido e veiculado [...].

Senhor Presidente, torno a frisar que, entre o interesse individual e o coletivo, homenageio o interesse coletivo. E o interesse coletivo reside na informação do que ocorra. Não consigo perceber que se verifique, no âmbito do Parlamento, algo que possa ser isolado e afastado do conhecimento do povo, pouco importando o veículo de comunicação.

A licitude do meio empregado na obtenção da informação é mais um dos parâmetros constitucionais empregados pelo Supremo Tribunal Federal na solução de conflitos que envolvam a liberdade de expressão e comunicação e os direitos à privacidade. Em decisão liminar, da Medida Cautelar, em Petição nº 2.702-7,⁶ o Tribunal Constitucional indeferiu o pedido do jornal *O Globo* de publicar conversas telefônicas, obtidas por meio de interceptação ilícita e gravação por terceiros, entre o então pretendente à Presidência da República, Anthony Garotinho, e outras pessoas.

O relator, ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, referendou a decisão do Tribunal *a quo*, ressaltando a importância que o tema da ponderação tem atingido nos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade:

A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, dum lado, e a proteção à intimidade, à privacidade à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.

Também admitiu o frágil posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a essa questão:

A respeito da polêmica assim vislumbrada – que reflete a viva dissensão no direito comparado, tanto a doutrina, quanto nos tribunais constitucionais -, ainda não se pode divisar, no Brasil, uma orientação firme do Supremo Tribunal: o que, à vista das premissas recordadas, já bastaria para fazer temerária a pretendida antecipação da tutela recursal.

Por fim, o relator decidiu pela proibição da veiculação das gravações pela imprensa, em detrimento do interesse público e da condição de pessoa pública do interlocutor:

Desse modo – diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou no protagonismo político ou social dos interlocutores.

Em seu voto, em favor da proibição da veiculação, o ministro Gilmar Mendes referiu-se ao caso como sendo um interessantíssimo caso de colisão de direitos fundamentais:

[...] não na sua acepção clássica de colisão entre direitos diversos, aqui, a liberdade de expressão e de imprensa, de outro lado, o direito à intimidade, mas, [...] cuida-se de um caso de colisão complexa, que envolve a consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.

Já o ministro Marco Aurélio, em voto vencido, ponderou em favor da liberdade de expressão, demonstrando ser favorável à publicação das gravações em virtude da preservação do interesse público:

O interesse coletivo, ao meu ver, porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual. Não posso admitir que alguém – repito – que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma

coisa venha à balha e acabe prejudicando a campanha. Ao contrário, o interesse maior está na elucidação, na divulgação – eu mesmo, como cidadão-eleitor, estou curioso quanto a essas fitas, em que pese a alguns vazamentos já ocorridos, pela imprensa –, da gravação para que se elimine qualquer dúvida quanto ao perfil do candidato. O interesse é do próprio candidato. O interesse, no caso, é do autor da ação que, numa medida, numa tutela antecipada, acabou por obstaculizar a divulgação dessas fitas que, sob o meu ponto de vista, já tarda. Estamos a três semanas das eleições e precisamos conhecer o perfil de cada candidato.

Outro caso interessante é o chamado caso da Escola Base,⁷ um dos mais rumorosos envolvendo a liberdade de expressão e os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem ocorridos no Brasil.

Em março de 1994, a imprensa publicou reportagens sobre seis pessoas que estariam envolvidas no abuso sexual de crianças, alunas da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, na capital paulista. Jornais, revistas, emissoras de rádio e de TV⁸ basearam-se em fontes oficiais – polícia e laudos médicos – e em depoimentos de pais de alunos. A verdade, apurada posteriormente, no entanto, foi a de que os abusos sexuais jamais ocorreram, e a acusação infundada acabou por gerar, por fim, o arquivamento do inquérito judicial.⁹

No entanto, quando tal fato foi apurado, a escola já havia sido depredada, os donos estavam falidos, monetária e moralmente, e eram ameaçados de morte em telefonemas anônimos.¹⁰

A divulgação, pela imprensa, do suposto crime cometido pelos proprietários da Escola Base gerou inúmeras ações indenizatórias. No Agravo de Instrumento n° 496406¹¹ interposto pela TV Globo, tendo em vista a não admissão do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal pôde manifestar-se sobre a questão.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal não ter adentrado no mérito, visto que o recurso de agravo foi julgado improvido, tornando inviável o recurso extraordinário, o relator, ministro Celso de Mello, não deixou escapar a oportunidade de se manifestar sobre o polêmico caso, fazendo uma reflexão sobre a colisão entre a liberdade de expressão e de comunicação e os direitos à privacidade:

Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame (que envolve os lamentáveis episódios da Escola Base ocorridos em São Paulo/SP), que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à liberdade de informação (que não se reveste de caráter absoluto, posto que inexistem, em nosso sistema jurídico, direitos absolutos), de um lado, e à preservação da honra, de outro - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina [...]. Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, 'verdadeiros contrapesos à liberdade de informação' [...], que não pode - e não deve - ser exercida de modo abusivo [...], mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de informação não afasta, por efeito do que determina a própria Constituição da República, o direito do lesado à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, incisos V e X, c/c o art. 220, § 1º).

Na mesma decisão, o relator mencionou jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, fazendo referência à posição de preferência, assumida por aquela Corte, em relação aos direitos à privacidade, quando tais direitos são ponderados com a liberdade de expressão:

À luz desses princípios, é forçoso concluir que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro. Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da 'proporcionalidade' como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido

para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.

Ao final, o ministro reafirma o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, caracterizando-o como incensurável, confirmando que não houve qualquer injusta ofensa à liberdade de informação dos agravantes, tendo em vista a configuração de abuso do exercício da liberdade de informar na veiculação de noticiário ofensivo à honra dos autores, sem a mínima cautela, nem apuração dos fatos, que produziram gravíssimos prejuízos de natureza moral para os ofendidos.

Feito esse mapeamento acerca de algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal envolvendo o conflito de direitos fundamentais, passa-se, agora, a uma análise crítica das decisões, a fim de se verificar a sua racionalidade, ou seja, se são caracterizadas por um certo “decisionismo”, que poderia ser classificado, em certa medida, como ativismo judicial, ou se são baseadas em um juízo fundamentado, que observa os elementos lógicos da ponderação.

A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DECISIONISMO (LEIA-SE ATIVISMO JUDICIAL) OU JUÍZO FUNDAMENTADO?

Diante do rol de precedentes apresentados no tópico anterior, conclui-se que, efetivamente, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de parâmetros constitucionais na ponderação de interesses contrapostos, como é o caso da liberdade de expressão e os direitos à privacidade. Esses parâmetros têm cumprido sua missão precípua de fundamentar a opção desse Tribunal Constitucional pela prevalência de um dos princípios, em detrimento de outro, de igual hierarquia, no julgamento de casos concretos, garantindo racionalidade às decisões.

No entanto, se é verdade que as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal têm progressivamente se servido da teoria da ponderação, com a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos entre a liberdade de expressão e comunicação e os

direitos à privacidade, não se pode negar, contudo, que esse Tribunal Constitucional tem se absterido de analisar o caso concreto pelo uso dos três elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito).

Conforme a teoria dos princípios de Robert Alexy,¹² a ponderação se operacionaliza por meio das estruturas de ponderação que são, na realidade, estruturas de argumentação racional. Tais estruturas ganham forma pelo princípio da proporcionalidade e seus três elementos constitutivos.¹³

Dentro desse contexto, configurada a colisão entre direitos fundamentais, no caso concreto, seria necessário que o Supremo Tribunal Federal procedesse à análise desses subprincípios verificando, sucessivamente, se a restrição a um dos direitos fundamentais é adequada, posteriormente, necessária, e por fim, proporcional em relação ao fim pretendido. No entanto, não é o que se verifica nas decisões fundamentadas por aquele Tribunal Constitucional.

O que se depreende das decisões acima colacionadas é que os posicionamentos dos ministros, emanados por meio dos votos, são, sobretudo, apenas retóricos, já que não há a utilização do princípio da proporcionalidade, em seu sentido próprio, qual seja, mediante o exame de todos os seus subprincípios.

Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal se limitam à utilização do terceiro subprincípio da proporcionalidade pela busca da “justa medida”¹⁴ entre a restrição imposta e a finalidade pretendida. É apenas na verificação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, na aplicação da ponderação propriamente dita, que os parâmetros constitucionais são considerados, visto que é nesse momento que se dá o ápice do sopeso das circunstâncias relevantes do caso e das razões a favor e contra à precedência de um ou de outro princípio.¹⁵

Todavia, a exploração desses parâmetros, por ocasião dos julgamentos, não tem sido suficiente para a construção de um posicionamento firme e coeso acerca do conflito em debate. Por meio da análise das jurisprudências sobre esse confronto entre direitos fundamentais, não se consegue vislumbrar, com exatidão, qual é a orientação perseguida pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente dos tribunais-referência, a *Supreme Court* americana e o *Bundesverfassungsgericht* alemão, que centralizam suas decisões na razão de existir de suas respectivas Constituições (a primeira cultuando de forma incontestável a liberdade de expressão e de comunicação e a outra, primando pela promoção da dignidade humana, por meio da proteção dos direitos à intimidade), o Tribunal Constitucional brasileiro ainda não oferece uma jurisprudência uníssona, que aponte para um entendimento formatado com os propósitos da Constituição Federal.

Como aponta Gilmar Ferreira Mendes, apesar de o texto constitucional brasileiro não ter privilegiado determinado direito, é possível deduzir, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), que os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem destacado relevo (art. 1º, III):

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).¹⁶

No entanto, ao se proceder à análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, não se consegue distinguir a presença, com a nitidez que seria de se esperar, desse manto de proteção à dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, por vezes, ele se torna apenas um espectro, uma falsa ilusão, que desabriga a todos, deixando-nos vulneráveis aos desmandos do intérprete da lei.

É óbvio que não se espera do Supremo Tribunal Federal uma decisão pronta e acabada em relação aos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade, haja vista que é a ponderação desses bens jurídicos constitucionalmente assegurados, a partir da interpretação sistemática da própria Constituição e mediante a aplicação, no caso concreto, do princípio da proporcionalidade, que indicará qual desses direitos deverá sofrer restrição, em cada situação, atentando à intenção do legislador constituinte.

E nem poderia ser diferente, levando-se em conta que são as peculiaridades do caso concreto em exame que irão determinar, a cada vez, qual o princípio que deve ter precedência sobre o outro.

O que se espera, contudo, é que o Supremo Tribunal Federal construa suas próprias regras de precedência, por meio do reiterado julgamento de casos concretos, consolidando uma jurisprudência consistente e verdadeiramente concretizadora da Constituição, tendo sempre, como princípio norteador, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Agora, realmente é a dignidade que dá parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução.

Assim, por exemplo, o princípio da intimidade, vida privada, honra, imagem da pessoa humana etc. deve ser entendido pelo da dignidade. No conflito entre a liberdade de expressão e intimidade é a dignidade que dá a direção para solução. Na real colisão de honras, é a dignidade que servirá – via proporcionalidade – para sopesar os direitos, limites e interesses postos, e gerar a resolução.¹⁷

Nesse sentido, independe, no caso concreto, se, após a ponderação, prevalecer o direito à liberdade de expressão e comunicação ou um dos direitos à privacidade (à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem), pois, em se tratando de dois princípios fundamentais, de igual hierarquia constitucional, não é lícito, num Estado Democrático de Direito, que se exija a restrição constante de apenas um desses interesses. Agora, prevalecendo um desses dois direitos fundamentais, em determinada situação, torna-se impositivo que o Supremo Tribunal Federal fundamente, de forma racional, a sua escolha, consubstanciada no princípio da dignidade humana, valor-guia¹⁸ da Constituição Federal Brasileira.

Tem-se, por conseguinte, que o Supremo Tribunal Federal ainda carece de uma lógica operacional e teórica mais sólida e explícita com relação à fundamentação de suas decisões, nos casos em que envolvam a ponderação entre a liberdade de expressão e de comunicação e os direitos à privacidade. Tais decisões necessitam estar em consonância com a evolução social e o processo histórico vivenciados pela sociedade e, ao mesmo tempo, devem centrar-se na noção de dignidade e no perfil democrático que espelha a Constituição Federal de 1988.

Sem isso, cai-se num vazio hermenêutico que beira a irracionalidade, e de nada adianta realizar a transferência de modelos prontos de outros Tribunais Constitucionais, apropriando-se de suas fundamentações, visto que, em ambiente estranho, não sobreviveriam, por falta do oxigênio vital, o respeito à Constituição.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em relação à ponderação, havendo-se adotado como foco, para tanto, o conflito entre o direito à liberdade de expressão e de comunicação e o direito à privacidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem não apenas como limites externos à liberdade de expressão e de comunicação, mas também como direitos fundamentais em si mesmos, conforme o art. 5º, X, do que resulta possível a colisão entre esses direitos, no caso concreto.

Isso ocorre quando o exercício de determinado direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, impedindo ou prejudicando a sua realização. Para a solução desse confronto, faz-se necessário um “método” que compatibilize a sua coexistência, sem, de um lado, desconsiderar a sua validade e, de outro, salvaguardando a unidade da Constituição.

Devido à abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais, que lhe garantem um caráter principiológico, quando esses se encontram em confronto, a resolução do conflito não se dá pela exclusão de um dos direitos fundamentais, como ocorre com as regras, mas sim pela manutenção de ambos, cabendo ao aplicador do Direito, no caso concreto, fazer a restrição temporária e pontual, casuística, de apenas um deles, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

A racionalidade do princípio da proporcionalidade, por meio da aplicação do método da ponderação, foi desenvolvida, criticamente, pela doutrina de Robert Alexy, que prevê a fundamentação dos enunciados responsáveis por estabelecer as condições de preferências, utilizando-se da lei da colisão. Para o autor, essa lei torna o procedi-

mento de ponderação racional, pois, na hipótese de colisão, formula um enunciado de preferência, que funciona como uma regra válida para todas as colisões de princípios ou de direitos fundamentais. Significa dizer que a lei de colisão promove a solução das colisões, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada.

Essa relação de precedência condicionada é determinada por condições sob as quais um princípio precede o outro, alertando-se que, sob outras condições, a questão de precedência pode ser solucionada inversamente. É por isso que se trata de uma precedência *condicionada*, ao contrário da *incondicionada*, que acarretaria uma relação abstrata ou absoluta de precedência, sendo somente realizável se fosse possível justificar uma ordem hierárquica de princípios *in abstracto*.

A partir do embasamento teórico construído ao longo do trabalho, analisou-se como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado relativamente ao tema, em especial com relação à ponderação entre a liberdade de expressão e de comunicação e o direito à privacidade.

Em primeiro lugar, restou demonstrado que, efetivamente, o Supremo Tribunal Federal tem-se utilizado do princípio da proporcionalidade, por meio do método da ponderação, em seus julgamentos. Da mesma forma, ficou evidenciado que, nos casos envolvendo colisão entre direitos fundamentais, tais decisões também têm sido baseadas na ponderação, autorizando o intérprete a restringir ou limitar um dos direitos em confronto.

De posse dessas premissas, analisou-se especificamente a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade (à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem) à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, é possível perceber que ele, na maioria dos casos, não operacionaliza a técnica interpretativa da ponderação de forma completa, fazendo uso de apenas um dos elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, qual seja, o da proporcionalidade em sentido estrito, deixando de examinar, de forma explícita, se a intervenção realizada em nome de um dos direitos fundamentais é realmente adequada para proteger o bem jurídico ao qual se destina. Isto é, se a intervenção que impede a plena aplicação do direito fundamental a ser restringido será realmente efetiva para proteger o bem jurídico referente ao direito fundamental a ser aplicado.

Da mesma forma, não ocorre a verificação do subprincípio da necessidade, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, em seus julgamentos, não procede à análise da possível existência de formas de intervenção menos gravosas, que também pudessem proteger o bem jurídico em questão.

Assim, a operacionalização da ponderação pelo Tribunal Constitucional brasileiro fica restrita ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, que também não é realizada de maneira satisfatória, visto que não quantifica o grau da intensidade ou da restrição (do direito fundamental restringido), bem como não avalia a importância (peso) da realização do direito fundamental oposto, limitando-se, apenas, a demonstrar se a realização do direito fundamental oposto justifica a não realização daquele direito restringido pelo uso dos parâmetros constitucionais (precedências *prima facie*). Dito de outro modo, a fundamentação da decisão, via de regra, não explicita o procedimento de ponderação, de modo a torná-lo aferível e, portanto, controlável desde uma perspectiva racional. Neste ponto, percebe-se, sim, que o risco de ativismo judicial se coloca; não em virtude da ponderação em si, mas em decorrência da falta de justificação da decisão, elemento básico de um Judiciário aberto e republicano, próprio do Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- 1 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade:** estudos de constitucional. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2006. p. 104.
- 2 Pet n.º 3.486. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22-8-2005, Publicação DJ 28-8-2005. EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, C/CO ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. Prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (cf, art. 1º, v), que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. A crítica jornalística e as autoridades públicas. A arena política: um espaço de dissenso por excelência.
- 3 HC n.º 78.426 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 16-3-1999, Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 7-5-1999 PP-00004 EMENT VOL-01949-02 PP-00323.
- 4 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade:** estudos de constitucional. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2006. p. 105.
- 5 RE n.º 208685/ RJ - RIO DE JANEIRO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 24-6-2003. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 22-8-2003 PP-00050 EMENT VOL-02120-35 PP-07345.
- 6 Pet n.º 2702/RJ - RIO DE JANEIRO, PETIÇÃO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 18-9-2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 19-9-2003 PP-00016 EMENT VOL-02124-04 PP-00804. EMENTA: Caso O GLOBO X GAROTINHO. 1. Liminar

- deferida em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça, que proíbe a empresa jornalística de publicar conversas telefônicas entre o requerente – então governador de Estado e, ainda hoje, pretendente à Presidência da República – e outras pessoas, objeto de interceptação ilícita e gravação por terceiros, a cujo conteúdo teve acesso o jornal. 2. Interposição pela empresa de recurso extraordinário pendente de admissão no Tribunal *a quo*. 3. Propositura pela recorrente de ação cautelar – que o STF recebe como petição – a pleitear, liminarmente, (1) autorização de publicação imediata da matéria e (2) subida imediata do RE à apreciação do STF, porque inaplicável ao caso o art. 542, § 3º, C.Pr.Civil. 4. Objeções da PGR à admissibilidade (1) de pedido cautelar ao STF, antes de admitido o RE na instância *a quo*; (2) do próprio RE contra decisão de caráter liminar: razões que aconselham, no caso, fazer abstração delas. 5. Primeiro pedido liminar: natureza de tutela recursal antecipada: exigência de qualificada probabilidade de provimento do recurso extraordinário. 6. Impossibilidade de afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: a) polêmica – ainda aberta no STF – acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade; b) peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita – hoje, criminosa – de comunicação telefônica, que a Constituição protege independentemente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores. 7. Vedação, de qualquer modo, da antecipação de tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (C. Pr.Civ., art. 273, § 2º), que é óbvio, no caso, na perspectiva do requerido, sob a qual deve ser examinado. 8. Deferimento parcial do primeiro pedido para que se processe imediatamente o recurso extraordinário, de retenção incabível nas circunstâncias, quando ambas as partes estão acordes, ainda que sob prismas contrários, em que a execução, ou não, da decisão recorrida lhes afetaria, irreversivelmente, as pretensões substanciais conflitantes.
- 7 O assunto tornou-se um “case” e constantemente é discutido em salas de aulas das universidades de jornalismo, seminários e eventos de comunicação do País. O fato também virou livro **Caso Escola Base**: os abusos da imprensa, escrito pelo jornalista Alex Ribeiro e editado pela Ática, São Paulo, 1995.
- 8 Para se ter uma ideia da cobertura jornalística dada pelo caso, em 2003, foram processados por danos morais os jornais *Folha de S. Paulo*, *Estado de S. Paulo*, *TVs Globo*, *SBT*, *Record*, *Bandeirantes* e as revistas *Veja* e *Isto É*.
- 9 JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 184.
- 10 PORFÍRIO, Fernando. **Escola Base**: Revista *Veja* é condenada a pagar R\$ 750 mil. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45509,1>>. Acesso em: 31 jan. 2007.
- 11 AI 496406 / SP - SÃO PAULO, AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): MIN. CELSO DE MELLO Julgamento:7-8-2006, Publicação: DJ 10/08/2006 PP-00041 EMENTA: CASO ESCOLA BASE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. O reconhecimento “a posteriori” da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da pessoa injustamente ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina. A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, a necessária observância de parâmetros – dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos da personalidade – expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Doutrina. Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988 (CF, art. 5º, V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Hipótese de não recepção. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

- 12 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 1993.
- 13 STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211.
- 14 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 263.
- 15 STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 219.
- 16 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 298-299.
- 17 NUNES, Luiz Antônio Rizatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.
- 18 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3486**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22-8-2005. Publicação: DJ 29-8-2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 78426/SP**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 16-3-1999. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 7-5-1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 208685/RJ**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 24-6-2003. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 22-8-2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n.º 2702/RJ**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 18-9-2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19-9-2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n.º 496406/SP**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 7-8-2006. Publicação: DJ 10-8-2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 184.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PORFÍRIO, Fernando. **Escola Base**: Revista Veja é condenada a pagar R\$ 750 mil. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45509,1>>. Acesso em: 31 jan. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Artigo recebido em: 22-4-2012

Aprovado em: 5-6-2012