

# **O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA**

Thais Fernandes

Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. Graduada em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. E-mail: thaisfernandes1234@gmail.com

Tatiane Munhoz

Graduada em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. E-mail: sun\_munhoz@hotmail.com

## **RESUMO**

Instituir precedência entre valores e direitos fundamentais é atualmente um dos maiores desafios da hermenêutica jurídica constitucional. O *neoconstitucionalismo* elevou os princípios jurídicos ao patamar das leis, retirando-os do calabouço de suas funções integrativas e subsidiárias. É até possível afirmar que a doutrina constitucional vive hoje sob a euforia do chamado “Estado Principiológico”. Considerando a crescente demanda judicial na solução de conflitos entre direitos fundamentais, o presente trabalho visa explorar os postulados de ponderação e proporcionalidade, à luz dos recentes ensinamentos do professor Humberto Ávila. Especificamente, a pesquisa pretende apontar as distinções entre texto normativo e norma jurídica, bem como a dissociação entre princípios e regras. Como desfecho, objetiva-se subsumir tais institutos ao recente caso das biografias não autorizadas das pessoas públicas. O estudo visa, acima de tudo, contribuir para o entendimento dos novos fenômenos constitucionais, de modo a concorrer para a correta interpretação e aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regras – Princípios – Hermenêutica – Biografias

## **ABSTRACT**

To establish precedence between values and fundamental rights is currently one of the biggest challenges of constitutional law. The *neopositivism* raised to the level of principles, removing them from the dungeon of its subsidiaries and integrative functions. It's natural to affirm that the constitutional doctrine lives today under the euphoria of "State of the Principles". Considering the growing demand in the judicial settlement of conflicts between fundamental rights, this paper aims to explore the postulates of weighting and proportionality in the recent teachings of constitutional hermeneutics. Specifically, the research intended to describe the distinctions between norm and text, and the decoupling between principles and rules. As an outcome, the objective is still to apply such institutes to the recent case of the unauthorized biographies of public people. The study aims, above all, contribute to the understanding of the new constitutional phenomena in order to compete for the correct interpretation and application of fundamental rights in the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Rules - Principles - Hermeneutics - Biographies



## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*A justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças...*

*Terêncio*

Instituir precedência entre valores e direitos fundamentais é atualmente um dos maiores desafios da hermenêutica jurídica constitucional. O *neoconstitucionalismo* elevou os princípios jurídicos ao patamar das leis, retirando-os do calabouço de suas funções integrativas e subsidiárias. Para o professor Humberto Ávila, em sua obra ‘Teoria dos Princípios’, é possível afirmar que a doutrina constitucional vive hoje sob a euforia do chamado “Estado Principiológico”.

Isso porque, após a segunda guerra mundial, os estados lançaram mão do positivismo estrito para um sistema jurídico mais maleável, em que fatos sociais não contemplados pela legislação escrita pudessem ser contemplados por normas “abertas”, com alto poder de expansão e adequação junto às novas realidades. Os princípios, que até então desempenhavam funções meramente integrativas e subsidiárias, ganharam destaque, fazendo frente inclusive ao protagonismo das regras.

Com essa nova abordagem normativa, tentou-se evitar/punir o cumprimento estrito das leis positivas manifestamente cruéis de um estado, em face da obviedade da preservação de bens como a vida e a liberdade, valores reavivados pela crescente dos direitos humanos no plano internacional e pelas teorias do direito natural.

O massacre da segunda guerra, blindado pelo legalismo formal do sistema jurídico alemão, deu força às teorias *jusnaturalistas*, de modo que sistemas jurídicos baseados em valores e princípios passaram a dar plena liberdade às constituições, com exceção das regras do direito natural, para as quais o poder constituinte originário estaria submetido.

No âmbito de aplicação do direito doméstico, tal fenômeno inevitavelmente elevou o grau de dificuldade na prolação de sentenças judiciais, afinal, se já não era tarefa fácil priorizar uma regra sobre a outra nas interpretações sistemáticas, tampouco seria sobrepor princípios uns aos outros nos hipóteses de colisão.

A presente pesquisa se inicia com a seguinte indagação: como privilegiar valores em detrimento de outros, como vida, liberdade, liberdade religiosa e de expressão, intimidade e privacidade? Qual deverá ser a opção mais alinhada aos ideais de justiça, já que os bens constitucionais gozam do mesmo *status* hierárquico constitucional?

Conflitos de direitos constitucionais como quebra de sigilo bancário x privacidade de dados; instituição de rodízio de automóveis x liberdade de locomoção; direito social de moradia x impenhorabilidade do bem de família; liberdade religiosa x direito à vida são apenas alguns exemplos de embates axiológicos, em que a prevalência de um valor sobre o outro não é uma resposta simplória, haja vista a suas identidades hierárquicas.

‘A Polêmica das Biografias não Autorizadas’ apresenta mais um exemplo, em que se discute o direito à intimidade e à privacidade de uma parte em contraposição ao direito de liberdade de expressão e direito à informação das outras.

Visando esmiuçar as implicações da hermenêutica constitucional desse conflito, esse trabalho objetiva esclarecer as *diferenças entre texto e norma jurídica*; as *diferenças entre princípios e regras*; os *conceitos e aplicações dos postulados normativos da ponderação e proporcionalidade*; e por fim, *o modo de subsunção de tais postulados à polêmica das biografias não autorizada*. Passa-se às exposições.

## 2. DIFERENÇAS ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

Preliminarmente tem-se que “texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado.”<sup>1</sup>

Um breve exemplo é suficiente para deixar clara essa distinção. O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Isso é [...] *texto* ou *enunciado*. Esse texto exprime uma *norma* que *proíbe* a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. [...] A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, "a lei penal retroagirá somente em benefício do réu" [...] a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, [...] chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal linguístico, quase sempre um texto.<sup>2</sup> (destaque do autor)

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003, p. 616.

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit, 2003, p. 616-617.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição aos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

Pelas exposições iniciais acima, pode-se imaginar a existência de correspondência exata entre textos e normas, já que estas são derivações interpretativas daquelas. Ledo engano. “Em alguns casos há normas, mas não há dispositivos [...]. Em outros casos há dispositivos, mas não há norma...”.<sup>4</sup>

Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos [...] Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.<sup>5</sup>

Resta esclarecido, portanto, que texto tem sua própria essência e que não se confunde com norma jurídica. Dessa conclusão, fica apenas o questionamento acerca dos limites do poder criativo normativo. Afinal, se texto não reflete de pronto a norma, sendo imprescindível, portanto, a interpretação humana, o homem – agente intermediário entre texto e norma – gozaria de poderes ilimitados na construção normativa a partir do texto? Em outras palavras, existiriam limites à interpretação humana? É o que se pretende, a seguir, esclarecer.

### 3. LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO

Para Humberto Ávila, “a atividade do intérprete não consiste em meramente *descrever* o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em *construir* esses significados.”<sup>6</sup> (grifo nosso)

Entre o texto e a norma está o homem. Porém, a extração de uma norma a partir de um texto não sugere poderes ilimitados de criação normativa. Embora ao homem caiba a interpretação textual, a própria palavra em sua unidade essencial o impõe limites estruturais, afinal “há traços de significado mínimos incorporados à [...] linguagem [...] termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam significados intersubjetivos, que não precisam [...] ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.”<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 22.

<sup>5</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 22.

<sup>6</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 24.

<sup>7</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 24-25.

“Compreender "provisória" como *permanente*, [...], "todos os recursos" como *alguns recursos*, "ampla defesa" como *restrita defesa*, [...], não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos.”<sup>8</sup>

Essa desconexão interpretativa tem ocorrido em todas as instâncias do judiciário. Lênio Luiz Streck em sua obra ‘Heremênutica Jurídica em Crise’ exemplifica o fenômeno com um julgado do Rio Grande do Sul em que a autora, uma menor portadora do vírus HIV, reivindica na justiça seu direito à saúde, precisamente, ao acesso a remédios específicos; baseia-se no atual texto do artigo 196 da constituição federal que diz ser a saúde um *dever* do estado.

Após vitória da autora em primeira instância e conseqüente recurso do ente federado, “o relator da matéria [...] deferiu o pedido do Estado, sustentando, [...] o fornecimento do remédio. Um dos argumentos usados pelo relator [...] dava conta que onde o art. 196 da Constituição Federal diz que a saúde é um *dever* do Estado, não se pode ler *obrigação*.”<sup>9</sup>

Sem adentrar nas implicações acerca da discussão sobre a efetividade das normas constitucionais, apegando-se somente ao embate de sentidos, para o magistrado a palavra “*dever*” do texto normativo não pode ser diretamente interpretada como “*obrigação*”. E aqui se tem um simples exemplo da problemática da hermenêutica jurídica, uma vez que faz parte do senso comum a correlação de ambas as expressões.

Além dos limites óbvios da própria palavra, lembra Lenio Luiz Streck – de maneira um tanto irônica – que a atividade de interpretação judicial não pode ser manifestamente pessoalizada, afastando-se da vontade social. Há um limite de sentido delimitado pela vontade legislativa geral.

[...] é necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, [...] os processos de (inter)mediação, [...] *"nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma [...] subjetividade específica dominante.* [...] aqueles que podem falar/dizer-a-lei-e-o-Direito, recebem o cetro [...] Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, "extorsões de sentido" e "abusos significativos". E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de *confinamento discursivo*, [...] responderá pelo (hediondo) crime de *"porte ilegal da fala*.<sup>10</sup>

Superado essa primeira diferenciação, tem-se o resumo de que texto normativo significa tão somente a ordenação das palavras, sobre as quais a atividade humana terá de

<sup>8</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 25.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. Heremênutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 200.

<sup>10</sup> STRECK, Op cit, 2006, 2002.

extrair um sentido, um significado, uma *norma*. Atividade esta que está limitada pelo núcleo mínimo de significação do termo e pela vontade geral.

Inicia-se agora o estudo das espécies de norma jurídica.

#### 4. ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS

Discorrer sobre normas jurídicas, notadamente, seu conceito e suas espécies tem levada a doutrina especializada a inúmeras divergências acerca da matéria. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina.”<sup>11</sup>

Por essa razão, este trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria, haja vista estar ela ainda imersa no dinamismo de suas construções teórico-acadêmicas. O estudo visa tão somente a apontar as principais características das espécies normativas, com o intuito de delimitar, de forma um pouco mais precisa, a categoria dos princípios, o que auxiliará na compreensão das soluções de conflitos entre eles.

Convém esclarecer, portanto, que norma, sendo produto da interpretação de um texto, é gênero que se subdivide em *regras*, *princípios* e *postulados normativos*. Considerando que a maioria da doutrina esmiúça princípios e regras em uma análise comparativa de ambas as espécies, neste estudo, os dois institutos também serão estudados conjuntamente.

Após essa etapa, adentrar-se-á no estudo direto das ferramentas de solução de conflitos principiológicos, precisamente, os postulados normativos da *ponderação*, e da *proporcionalidade*.

#### 5. CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A comunidade acadêmica mundial, de um modo geral, ainda não superou as mudanças jurídicas ocorridas após a segunda guerra mundial. Uma avalanche de princípios foi deflagrada mundo afora. Traduzir essa nova realidade é uma missão ainda mais árdua para países como o Brasil, adepto das normas mais descritivas, característica do *civil law*.

---

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit, 2003, p. 607.

Preliminarmente, pode-se inferir que o *positivismo* está para as *regras* tal como o *neopositivismo* – caracterizado por cláusulas gerais e termos indefinidos – está para os *princípios*.

Após a metade do século XX, as regras, caracterizadas pela precisão de suas hipóteses de incidência e pelo delineamento de suas consequências, passam a ter a concorrência dos princípios, que, diversamente, mostram-se demasiadamente indefinidos tanto quanto à hipótese mais ainda quanto às consequências.

Entre princípios e regras, três classificações principais são apontadas pela doutrina para diferenciar ambas as espécies normativas: a) *quanto ao caráter hipotético-condicional*; b) *quanto ao modo de aplicação*; e c) *quanto ao modo de solução dos conflitos normativos*.

Passa-se a exposição de cada um desses critérios.

## 6. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O CARÁTER HIPOTÉTICO-CONDICIONAL

O primeiro questionamento que se faz no intuito de diferenciar regras e princípios refere-se ao modo como os textos normativos de ambas as espécies se apresentam, ou seja, haveria diferença na maneira de expor regras e princípio?

A doutrina aponta o caráter prescritivo de *hipótese* e *consequência* das regras – denominado *caráter hipotético-condicional* – como fator de diferenciação. Esse critério “se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado [...] para [...] encontrar a regra para o caso concreto.”<sup>12</sup>

A título de exemplo de *regras*, textos normativos como “matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos”, art. 121, código penal, são bastante claros tanto quando à *hipótese* (matar) quanto à sua *consequência* (reclusão).

Já os *princípios* não apresentam essa precisão, muito pelo contrário, caracterizam-se justamente pela falta dela, dando ao magistrado um campo ainda mais amplo para a atividade interpretativa. Um exemplo é a previsão do direito privado atinente aos princípios de probidade e boa-fé, qual seja: “[...] os contratantes são obrigados a guardar [...] os princípios de probidade e boa-fé”, art.422, código civil. A hipótese “guardar os princípios de probidade e boa-fé” não vem acompanhada de nenhuma consequência. Além disso, o núcleo da conduta

---

<sup>12</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 30.

“guardar” é passível de inúmeras interpretações, diferentemente do núcleo “matar” que é conclusivo em si mesmo.

O critério de distinção segundo o *caráter hipotético-condicional*, apesar de arduamente difundido, não está imune a críticas. Na argumentação de Ávila, um texto ao comportar incidência e consequência – *se* isso, *então* aquilo – indica apenas um estilo linguístico. Por essa razão, não deveria ser usado para diferenciar espécies normativas, uma vez que, dependendo do modo como o legislador expõe o texto, poderia ele ser definido como regra ou princípio, por uma simples questão de escolha de estilo textual.

[...] a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser *reformuladas* de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: “*Se* o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática” (princípio democrático); “*Se* for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, *então* o ato estatal será considerado inválido” (princípio da tipicidade) [...] Esses exemplos demonstram que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas.<sup>13</sup>

Percebe-se, portanto, que a diferenciação de regras e princípios não pode se limitar à existência ou não da hipótese e da consequência, porquanto essas serem apenas produtos de estilos linguísticos.

Entretanto, para a maioria dos pesquisadores da hermenêutica constitucional, o “critério diferenciador referente ao *caráter hipotético-condicional* é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz.”<sup>14</sup> (grifo nosso)

Tem-se, portanto, duas espécies de normas aplicáveis na persecução da justiça social. Mas sendo tão diferentes em elementos e características, suscitam diferenças na maneira de aplicá-las.

## 7. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O MODO FINAL DE APLICAÇÃO

---

<sup>13</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 32.

<sup>14</sup> Idem.

Sendo princípios e regras manifestamente diferentes na construção textual, sobretudo na prescrição de consequências, seriam eles subsumidos aos casos concretos da mesma forma?

O critério segundo o *modo final de aplicação* “se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.”<sup>15</sup>

Na aplicação de regras, Ávila<sup>16</sup>, expondo as teorias de Dworkin, explica que para este “as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* [...] se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, [...] a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita.”<sup>17</sup>

Para Alexy, “quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos.”<sup>18</sup>

Já na aplicação de princípios não se usa essa lógica. Segundo a teoria de Dworkin, “os princípios, [...], não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.”<sup>19</sup>

Pela leitura das explicações acima, pode-se inferir que ao ser preenchida a hipótese de uma regra, ao magistrado cabe apenas a aplicação da consequência, de pronto. Mas não é bem assim. A conjugação de fundamentos valorativos, externos ao texto, não é privativa dos princípios. Ocorre também com as regras, a despeito das consequências predeterminadas.

[...] o art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. *Se* for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma [...] seria uma regra, [...] instituidora de uma obrigação absoluta [...]. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.<sup>20</sup> (grifos do autor)

<sup>15</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 31.

<sup>16</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 28.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 6a tir. London, Duckworth, 1991, p. 45.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. "Rechtssystem und praktische Vernunft". Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, 25/21.

<sup>19</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 28.

<sup>20</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 37.

Pelo exemplo demonstrado, fica a dedução de que distinguir princípios e regras pelo método de aplicação ‘tudo ou nada’ das regras não é uma fórmula exaustiva, já que “também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios.”<sup>21</sup>

Outro critério diferenciador intentado pela doutrina refere-se ao modo como são solucionados os casos de colisão normativa entre princípios e regras.

## **8. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O MODO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NORMATIVOS**

O item que se inicia, visando ao seu entendimento, lança uma pergunta importante para a hermenêutica constitucional. O confronto normativo entre duas ou mais regras se resolve do mesmo modo que o confronto entre dois ou mais princípios? Em outra versão, resolve-se o conflito entre dois princípios tal qual se faz com duas regras que se excluem mutuamente?

A doutrina, no intuito de distinguir regras e princípios, os analisa sobre dois planos: *abstrato* e *concreto*. As regras contraditórias entre si são resolvidas, normalmente, no plano abstrato, sendo imprescindível a declaração de invalidade de uma delas. O conflito normativo entre regras, bem como sua solução, já podem ser percebidos antes mesmo de seu confronto em casos concretos. Critérios de hierarquia, recepção, especialidade e temporalidade das leis são aptos, em tese, a resolver tais conflitos.

O critério diferenciador referente ao *conflito normativo* se fundamenta na ideia de que o confronto entre duas regras é solucionável por meio da declaração de invalidade de uma delas, ou pela criação de uma exceção.

A título de exemplo, a Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, institui a obrigatoriedade de registro em carteira de trabalho para as empregadas domésticas. A regra atual é colidente com a previsão anterior de facultatividade do empregador. Diante dessa antinomia, percebe-se claramente que as ferramentas existentes são aptas a apontar a invalidade de uma e a prevalência da outra, já no plano abstrato das leis.

---

<sup>21</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 39.

Porém, o conflito entre princípios “consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles”,<sup>22</sup> atividade que só ocorre diante de um caso concreto, e conforme as circunstâncias do conflito.

“Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.”<sup>23</sup>

Segundo Robert Alexy, em se tratando de colisão entre os princípios jurídicos, a “solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.”<sup>24</sup>

Os princípios convivem harmoniosamente no plano abstrato, podendo eventualmente se repelir em casos concretos. Os direitos à intimidade e à liberdade de expressão são plenamente vigentes e válidos no plano abstrato, mas invariavelmente entram em choque no plano concreto.

Percebe-se, portanto, que, normalmente, as regras se chocam no plano abstrato, ao passo que princípios, somente no plano concreto. Humberto Ávila, no entanto, argumenta que não é sempre assim.

[...] uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? **Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios.**<sup>25</sup> (grifo nosso)

Ávila também se opõe à afirmação de que ponderar e atribuir valores são ações privativas destinadas a solucionar embates somente entre os princípios, uma vez que para o colisão entre regras existem ferramentas aptas a resolver previamente a antinomia no plano abstrato, como os critérios temporais, de hierarquia, de especialidade, etc. Nas palavras do autor, o exemplo supracitado “também indica que a decisão envolve uma atividade de

---

<sup>22</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 31.

<sup>23</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 43.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 44.

*sopesamento* entre razões”, não sendo portanto, atividade ligada exclusivamente a análises de princípios.

Percebe-se, desse modo, que os três critérios diferenciadores de princípios e regras – caráter hipotético-condicional, modo de aplicação e modo de solução dos conflitos normativos – apesar de importantes nas construções teóricas da hermenêutica constitucional, são defectíveis.

Percebe-se ainda que conceituar princípios e regras ainda não é uma ação exaustiva e satisfatória, já que são demasiadamente complexas suas diferenças e implicações.

Mas para Humberto Ávila, as regras:

[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>26</sup>

E os princípios:

[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>27</sup>

Princípios não são Regras. Eles são diferentes. Informação de fácil constatação, mas de difícil explanação.

Regras estabelecem tipicidades predeterminadas para sua aplicação, e por isso a participação interpretativa judicial é diminuída, mas não anulada. Princípios, não. Eles dependem em maior grau da interpretação judicial, que se apega não às tipicidades prévias do texto, mas às circunstâncias do caso concreto e aos ideais que se busca atingir para a sociedade.

Regras são válidas/inválidas, vigentes/não vigentes de acordo com o dinamismo do direito. Princípios, não. São sempre válidos. Eles retratam o progresso social; os fundamentos primários na busca de um estado justo e solidário.

Porém, nem sempre eles conviverão harmoniosamente no novo estado social dos direitos humanos, que insiste em rivalizá-los. Quando são confrontados, por exemplo, o

---

<sup>26</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 70.

<sup>27</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 70.

direito de liberdade de expressão de um povo e o direito à intimidade da pessoa, tem-se uma briga de titãs, cuja solução jurídica ainda é objeto de reflexão dos pesquisadores.

A Polêmica das Biografias Não Autorizadas, protagonizadas, de um lado, pelos artistas do Procure Saber <sup>28</sup>, e de outro lado, pela ANEL – Associação Nacional dos Editores de Livro – reflete reiterados casos concretos confrontados pelo conflito de valores entre liberdade de expressão x intimidade.

Tal confronto evidencia, naturalmente, não um embate entre regras, mas entre princípios. Para tanto, o estudo dos postulados normativos mostra-se um caminho inevitável para a compreensão e possível solução da problemática.

## 9. POSTULADOS NORMATIVOS – AS SOLUÇÕES DE CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS

Postulados são espécies de normas jurídicas destinadas a orientar a aplicação de outras normas como regras e princípios. Por essa função, os postulados são comumente chamados de *normas de segundo grau*, já que não são subsumidos aos casos concretos, apenas orientam a interpretação do direito.

Sendo apenas normas que orientam uma ação, os postulados não são violados, como são as regras ou os princípios. “A violação deles consiste na não interpretação de acordo com sua estruturação.” <sup>29</sup>

Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. <sup>30</sup> Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente.

Os postulados normativos da ponderação e proporcionalidade servem de suporte para a tomada de decisão judicial. São espécies de normas balizadoras. Vejamos como se encaixam na problemática das biografias não autorizadas.

<sup>28</sup> Associação de músicos e artistas que se opõem às publicações de obras biográficas por eles não autorizadas.

<sup>29</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 88.

<sup>30</sup> ADIn 855-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1.10.1993.

## 10. PONDERABILIDADE E PROPORCIONALIDADE APLICADOS AO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

No polêmico caso das biografias não autorizadas, o valor liberdade de expressão entra em rota de colisão com a intimidade e privacidade individual. Nesse contexto, a ‘*Ponderação de Valores*’ surge como ferramenta auxiliar para a interpretação jurídica.

Segundo Humberto Ávila, a ponderação de bens consiste:

[...] num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam [...] é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios, é um instrumento pouco útil para aplicação do Direito.” [...] Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de [...] proporcionalidade.<sup>31</sup> (grifo nosso)

Por esse excerto textual, fica claro que o sopesamento de valores colidentes no caso concreto depende de critérios definidos. Daí a importância de se compreender a *proporcionalidade* como outra ferramenta da hermenêutica jurídica.

O postulado normativo da proporcionalidade é aplicado nas análises de um *meio* e um *fim*. Para tanto o agente deve se pautar em três critérios: a) *adequação* do meio ao fim; b) *necessidade* do meio para promover o fim; e c) *proporcionalidade (em sentido estrito)* entre as vantagens advindas do fim com as desvantagens decorrentes da escolha do meio.

A proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis [...], não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>32</sup> (grifo nosso)

Contextualizando a polêmica das biografias com os conceitos da ponderação e da proporcionalidade acima expostos, tem-se a colisão dos bens liberdade de expressão e intimidade, o que suscita a *ponderação*. Tal sopesamento deve se pautar por critérios definidos, entrando em cena as diretrizes da *proporcionalidade*, ou seja, o *meio* promove o *fim*?

No caso das biografias não autorizadas, considerando que, concretamente, a escolha por um valor implica necessariamente a restrição do outro, perfazendo-se, portanto, uma

<sup>31</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 94.

<sup>32</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 112-113.

escala de preferência, o *meio* a ser adotado é o afastamento do valor preterido para os *fins* de se ter o maior aproveitamento do valor escolhido. Ou seja, a mitigação do direito à intimidade (*meio*) promove a máxima extensão do direito de liberdade de expressão (*fim*).

É preciso investigar ainda a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade* (*em sentido estrito*) do meio para promover o fim.

No que se refere à adequação, o aplicador da medida deve inquirir se esta promove o fim. Quanto a isso, a medida é *adequada*, já que, não instituindo uma censura prévia das biografias, o aplicador, ao relegar os casos de violação da intimidade à resolução judicial particular, aufere com sucesso os fins de se ter a máxima extensão da liberdade de expressão, conferindo a todos os cidadãos esse direito.

Já em relação à necessidade, é preciso investigar se não há, no ordenamento vigente, um meio menos restritivos dos direitos fundamentais. A medida é *necessária*, pois não há a possibilidade de nivelamento hierárquico, no plano concreto, dos valores ‘liberdade de expressão’ e ‘intimidade’, sem a precedência de um sobre o outro.

Por fim, sobre a proporcionalidade em sentido estrito, é necessário suscitar se as vantagens promovidas com o fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio. Tal medida *em sentido estrito é proporcional*, pois as desvantagens de se tolher a intimidade individual correspondem às vantagens de se ter uma sociedade estruturada em valores essenciais para a democracia, como a liberdade de expressão.

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso **devem ser analisadas as possibilidades** de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e **de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição** (exame de proporcionalidade em sentido estrito). (grifo nosso)<sup>33</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito é o nome científico do ‘mal menor’ já conhecido pelo senso comum. O estado social de direito tão apegado ao bem comum sugere insistentemente que o bem coletivo deve ser priorizado em relação ao bem individual.

Por isso não é de se causar espanto que a liberdade de expressão deva ser privilegiada em qualquer circunstância. Ela é a base de toda sociedade que pretende se aprimorar pela dialética de ideias que se contrariam. Ela é a pedra fundamental do Estado de Direito. Seu enfraquecimento significa retrocesso.

<sup>33</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 113-114.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Polêmica das Biografias não Autorizadas de pessoas públicas apresenta um embate entre direitos fundamentais em que se discute o direito à intimidade e à privacidade de uma parte, em contraposição ao direito de liberdade de expressão e direito à informação das outras.

Na utopia distante de se ter uma sociedade assentada sobre uma justiça ideal, a escolha pela liberdade de expressão em detrimento do direito à intimidade mostra-se como um “mal menor”.

Tais diretrizes são apontadas pelo estudo da hermenêutica constitucional. Sobre ela, tem-se a conclusão de que texto normativo significa tão somente a ordenação das palavras, sobre as quais a atividade humana terá de extrair um sentido, um significado, uma *norma*. Atividade esta que está limitada pelo núcleo mínimo de significação do termo e pela vontade geral.

No que toca às espécies normativas, conclui-se que princípios não são Regras. Informação de fácil constatação, mas de difícil explanação. Regras estabelecem tipicidades predeterminadas para sua aplicação, e por isso a participação interpretativa judicial é diminuída, mas não anulada. Já os princípios dependem em maior grau da interpretação judicial, que se apegam não às tipicidades prévias do texto, mas às circunstâncias do caso concreto e aos ideais que se busca atingir para a sociedade.

Regras são válidas/inválidas, vigentes/não vigentes de acordo com o dinamismo do direito. E no caso de confronto entre elas, a solução vem por meio da declaração de invalidade de uma delas, ou pela criação de uma exceção

Princípios, não. São sempre válidos. Eles retratam o progresso social; os fundamentos primários na busca de um estado justo e solidário. No entanto, nem sempre eles conviverão harmoniosamente no novo estado social dos direitos humanos, que insiste em rivalizá-los. Quando são confrontados, por exemplo, o direito de liberdade de expressão de um povo e o direito à intimidade da pessoa, tem-se uma briga de titãs, cuja solução jurídica ainda é objeto de reflexão dos pesquisadores.

Nesse confronto a hermenêutica jurídica suscita a ponderação de valores, indicando que a escolha entre intimidade ou liberdade de expressão deve ser proporcional: adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

No caso das biografias, considerando que, no plano concreto, a escolha por um valor implica necessariamente a restrição do outro, perfazendo-se, portanto, uma escala de preferência, o *meio* a ser adotado é o afastamento do valor preterido para os *fins* de se ter o

maior aproveitamento do valor escolhido. Ou seja, a mitigação do direito à intimidade (*meio*) promove a máxima extensão do direito de liberdade de expressão (*fim*).

Tal medida é *adequada*, já que a medida de mitigação do direito à intimidade é capaz de promover o fim relacionado ao gozo social da liberdade de expressão. É também *necessária*, pois no plano concreto não há a possibilidade de nivelamento hierárquico de ambos os valores, sem a preterir um em relação ao outro. E, *em sentido estrito*, é *proporcional*, pois as desvantagens de se tolher a intimidade individual correspondem às vantagens de se ter uma sociedade estruturada em valores essenciais para a democracia, como a liberdade de expressão.

Por todo o exposto, não é de se causar espanto que a liberdade de expressão deva ser privilegiada em qualquer circunstância. Ela é a base de toda sociedade que pretende se aprimorar pela dialética de ideias que se contrariam. Ela é a pedra fundamental do Estado de Direito. Seu enfraquecimento significa retrocesso.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *"Rechtssystem und praktische Vernunft"*. Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição aos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tir. London, Duckworth, 1991.

PORTAL DO STF. Acompanhamento Processual ADI, ADC, ADO, ADPF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003. Disponível em <[http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)> acesso em 03 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.