

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

MILENA PREIORI SERODIO CONEHERO

**O DEVER DE *ACCOUNTABILITY* E A COLISÃO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO SOBRE
O TEMA 786 DO STF**

Bacharelado em Direito

São Paulo
2022

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

MILENA PREIORI SERODIO CONEHERO

**O DEVER DE *ACCOUNTABILITY* E A COLISÃO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO SOBRE
O TEMA 786 DO STF**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Graduação como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora e Doutora Juliana Cardoso Ribeiro Bastos.

São Paulo
2022

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ana Paula e Antonio, por serem minha base, por todo o suporte que sempre me deram e, acima de tudo, por nunca terem deixado faltar amor. Ao meu pai, em especial, pelas conversas que tivemos ao longo da minha graduação, e por todas as outras reflexões que ainda teremos: é um privilégio compartilhar o Direito com você.

À minha irmã Lívia, agradeço por me permitir ver o mundo através de seu olhar, pela quantidade de ensinamentos que me proporciona mesmo sem ter a intenção, e, principalmente, por ser minha maior referência em coragem. Eu tenho muito orgulho de você.

À minha prima Julia, minha primeira grande amizade, por compartilhar comigo as dificuldades da vida adulta, trazendo leveza e alegria aos nossos primeiros anos morando em São Paulo.

Ao meu querido professor Roberto Baptista Dias, por ter transformado minha graduação. Suas aulas me mostraram a importância do debate para a construção de boas ideias. Se hoje tenho a certeza de que seguirei na Academia, você é um dos grandes responsáveis.

À Gabrielle Wey e Rafaella Tavares, pela parceria na realização da pesquisa de Iniciação Científica, que me trouxe ensinamentos fundamentais para a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso.

Ao Joaquim Spindler, Luiza Monteiro, e Thalita Procópio, por estarem comigo desde o começo, dividindo todas alegrias e dores. Ficou muito fácil chamar São Paulo de casa depois que conheci vocês.

Aos queridos Ana Martins, Bruno Bicego, Caio Ramos, Caio Marra, Isabel Alfano, João Gabriel Rosa, João Victor Zuin, Juliana Gerab, Laura Ferraz, Lucas Pauluti, Matheus Soares, e todos os outros amigos acima citados, por toda parceria ao longo desses últimos cinco anos. Vocês estão em minhas lembranças mais bonitas.

Agradeço, também, à Comissão Vinte e Dois, por me dar a oportunidade de materializar meu amor pela Pontifícia, me ensinar sobre o valor do trabalho em equipe, e me presentear com pessoas especiais, as quais levarei, sempre, com muito carinho.

Por fim, agradeço à minha orientadora, Professora Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, pela orientação ao longo deste trabalho.

*“Vivendo, se aprende; mas o que se aprende,
mais, é só a fazer outras maiores perguntas”.*

(João Guimarães Rosa)

RESUMO

O tema escolhido consiste na análise do cumprimento do dever de *Accountability* pelo Poder Judiciário, estudando a forma de fundamentação das decisões sobre colisão entre direitos fundamentais. É a partir de uma fundamentação baseada em critérios racionais e jurídicos que a sociedade, além de outros Poderes, conseguem controlar a atuação do Judiciário e garantir que está em conformidade com ordenamento. Os direitos fundamentais, pela sua característica principiológica, quando em colisão, demandam uma fundamentação mais específica, justificar seu raciocínio e os motivos que o levaram a decidir sobre a prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, de modo a valer-se do máximo possível de raciocínio lógico, ausente de subjetivismo decisório. Por essa razão, o presente trabalho buscará compreender a fundamentação dessa colisão no tema 786 do STF.

Palavras-chave: Direito Constitucional – Accountability – Direitos Fundamentais – Colisão entre Direitos Fundamentais – Tema 786 STF – Direito ao esquecimento.

ABSTRACT

The chosen theme consists of the analysis of the fulfillment of the Accountability duty by the Judiciary, studying the way decisions about the collision between fundamental rights are grounded. It is by providing reasons based on rational and legal criteria that society, as well as other democratic institutions, can control the actions of the Judiciary and guarantee that they are in conformity with the legal system. Fundamental rights, due to their principiological characteristics, when in collision, demand a more specific reasoning, to justify its reasoning and the reasons that led it to decide on the prevalence of one fundamental right over another, to make use of the maximum possible logical reasoning, absent of decisional subjectivism. For this reason, this paper will seek to understand the rationale of this collision in STF theme 786.

Keywords: Constitutional Law - Accountability - Fundamental Rights - Fundamental Rights Collision - STF Theme 786 - Right to be forgotten.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1. ACCOUNTABILITY: o dever protetor da democracia	12
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.2 Regras vs. Princípios	20
2.3 Teorias de restrição a direitos fundamentais	24
2.4 A regra da proporcionalidade.....	25
3. O CASO AIDA CURTI: uma análise concreta	28
3.1 Voto do Ministro Dias Toffoli (Relator).....	29
3.2 Voto do Ministro Nunes Marques.....	31
3.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	32
3.4 Voto do Ministro Edson Fachin.....	33
3.5 Voto da Ministra Rosa Weber.....	34
3.6 Voto da Ministra Cármen Lúcia	36
3.7 Voto do Ministro Gilmar Mendes	36
3.8 Voto do Ministro Marco Aurélio	38
3.9 Voto do Ministro Luiz Fux	39
4. CONCLUSÃO	40
Referências	44

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o dever de *accountability* do Poder Judiciário e como é feita a fundamentação das decisões que versam sobre a colisão entre direitos fundamentais, debruçando-se sobre acórdão proferido em 11/02/2021, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº. 1.010.606.

Em um Estado Democrático e Social de Direito como o brasileiro, encontramos na Constituição da República Federativa a proteção dos direitos e deveres do povo, respaldados por normas e princípios que permeiam o texto constitucional. Esse documento é a base que deve orientar a legislação, e os atos do poder público e do povo, sendo de efetivo suporte para o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Quando o Poder Judiciário for demandado, este deverá, além de solucionar o conflito, agir de forma a garantir que os princípios e direitos mais caros ao povo estejam sendo protegidos. As decisões proferidas geram consequências para toda a sociedade, até mesmo aquelas que solucionam conflitos particulares, na medida em que se tornam jurisprudência para embasar decisões futuras.

Além disso, as demandas de controle concentrado de constitucionalidade, que são analisadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes* e de repercussão geral que, por óbvio, geram efeitos em toda a sociedade e na aplicação da lei por outros tribunais.

Desta forma, a relevância das decisões judiciais para a proteção dos direitos e da garantia da democracia. Todavia, as decisões devem ser sempre proferidas com uma fundamentação clara, indicando as balizas argumentativas que levaram ao julgador decidir daquela forma, tendo os juízes o dever constitucional de fundamentação, que está intimamente ligado com o dever de *accountability* do Judiciário.

Como será explicado ao longo do presente trabalho, *accountability* trata-se da “prestação de contas” que deve ser feita pelos entes da públicos, decorrente da função representativa da vontade da sociedade. Evidente, portanto, a relação da *accountability* com a democracia. É a partir da fundamentação das decisões que a sociedade consegue compreender

o porquê e como os juízes decidiram sobre seu direito, estando os cidadãos exercendo seu papel de fiscalização da atuação do Judiciário e avaliando se os direitos foram devidamente protegidos.

No entanto, para que a sociedade consiga de fato fiscalizar as decisões, é preciso que elas sigam os princípios da publicidade e da fundamentação. Uma decisão bem fundamentada permite ao leitor compreender suas razões e, a partir do entendimento dos motivos, verificar se o Judiciário agiu em conformidade com a lei. Nesse ponto, levantam-se os questionamentos: (i) qualquer fundamentação é suficiente para cumprir com o dever de *accountability*? (ii) o que deve ser considerada uma decisão fundamentada?

É com base nos questionamentos acima que o estudo irá versar sobre um ponto sensível na aplicação do direito: quando o caso concreto demanda o uso de normas que não tem seus limites claramente definidos na lei, como é o caso dos direitos fundamentais.

Quando se trata de casos de conflito entre direitos fundamentais, enfrenta-se a questão sobre o próprio decidir. Sendo o ordenamento jurídico composto por regras e princípios, busca-se definir qual caracteriza os direitos fundamentais. Tal discussão produziu algumas teorias que buscam entender como solucionar casos em que ambos aparentam estar em jogo e, consequentemente, em conflito.

Os métodos doutrinários desenvolvidos ao longo da história jurídica, além de buscarem solucionar os casos práticos, são formas que o magistrado tem para fundamentar e justificar seu raciocínio e os motivos que o levaram a decidir sobre a prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, de modo a valer-se do máximo possível de raciocínio lógico, ausente de subjetivismo decisório.

Identifica-se, assim, a particularidade de uma decisão sobre direitos fundamentais. Como seus limites não estão definidos claramente na Constituição Federal, requer-se uma sofisticação argumentativa para que o Judiciário preste, satisfatoriamente, as contas sobre como decidiu.

Para realizar a análise concreta, optou-se pelo estudo da decisão proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 1.010.606, que fixou a tese sobre

o direito ao esquecimento, avaliando, para isso, o aparente conflito entre direitos à liberdade de expressão e seus derivados, como a liberdade de imprensa, e os direitos da personalidade.

Ressalta-se, aqui, a escolha pela decisão do Supremo Tribunal Federal se deu pela função de guardião da Constituição, conferida ao Tribunal no art. 102 do texto constitucional. Todavia, destaca-se que essa discussão permeia diversos outros casos em instâncias inferiores, como se verifica ao pesquisar o termo “direito ao esquecimento” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, resultando em 76 acórdãos, dos quais 36 foram proferidos antes da fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o raciocínio aplicado para averiguar a decisão que orienta esse estudo não deve se restringir à análise do Tribunal Constitucional, e sim respaldar todas as decisões do Judiciário, de forma a cumprir com o dever de *accountability*, possibilitando a fiscalização por parte da sociedade e, assim, garantir o exercício da própria democracia.

No CAPÍTULO 1, abordaremos o conceito de *accountability* e sua relevância para uma sociedade democrática, além de apontar sua relação direta com o dever de fundamentação das decisões.

No CAPÍTULO 2, trataremos dos direitos fundamentais em si, com uma breve análise histórica e definição sobre tais direitos, além de apresentar algumas teorias que buscam solucionar o âmbito de atuação e supostos conflitos entre direitos fundamentais.

Por fim, no CAPÍTULO 3, faremos a análise do acórdão em si, com um estudo específico do voto proferido por cada Ministro, visando a busca pelos argumentos utilizados e se foi aplicada alguma teoria e, caso tenha sido, como essa aplicação ocorreu.

1. ACCOUNTABILITY: O DEVER PROTETOR DA DEMOCRACIA

O conceito de democracia é primordial para que se avance em uma discussão sobre a forma de decisão dos juízes em casos de colisões entre direitos fundamentais, e se tais decisões são compatíveis com a *accountability*. Aqui, não se pretende esgotar as teorias da democracia, ou as diversas expressões democráticas que encontramos ao longo dos textos normativos, e sim destacar, ainda que de modo singelo, os traços que fazem com que a fundamentação esteja diretamente relacionada com a garantia democrática.

A democracia nasceu na Grécia Antiga e acompanhou as diversas transformações sociais, econômicas e políticas ao longo da história, sendo também transformada por elas. Na antiguidade, figurava-se uma parcela específica da população grega, excluindo-se aqui as mulheres, escravos e estrangeiros, participando da vida política. Rompeu-se, assim, com a característica divina e mitológica dos indivíduos considerados soberanos, dando espaço para a sociedade política que não se assemelha a governos autocráticos, ainda que embrionária e minoritária.

Essa forma de governo se expressa, na realidade, como um “autogoverno” da comunidade agindo na vida política, regulando e estruturando a sociedade, através de regras que buscam atender aos interesses da maioria. O povo está, assim, representado por pessoas responsáveis por tomarem as decisões em prol dos interesses coletivos, e não mais dos interesses particulares de quem chega ao poder.

O conceito do exercício do poder por representantes está prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Portanto, as definições de democracia incluem quem exerce esse poder.

Nesse sentido, Norberto Bobbio delimita um conceito mínimo de democracia:

Afirmo, preliminarmente, que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias

ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos¹.

Em uma democracia representativa, como a brasileira, o “quem” autorizado a tomar decisões coletivas será escolhido através do voto, direito a ser exercido pelos cidadãos, por meio das eleições. Os “procedimentos”, por sua vez, são o conjunto de normas que regulamentam o exercício da democracia.

Assim, José Gomes Canotilho destaca quatro características para definir a democracia: (i) participação de um número expressivo de cidadãos, (ii) uma maioria tomando decisões coletivas, (iii) a existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos, e (iv) garantia de direitos de liberdades e participação política².

Os direitos de liberdades nada mais são que alguns dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Eles também são uma forma de expressão democrática na medida em que, para que a democracia seja possível, é preciso garantir um ambiente com liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX), e a liberdade de associação (art. 5º, XVII), de modo que todos possam discutir seus ideais, propagar suas ideias, formar opiniões a partir delas, e pensar, em conjunto, sobre as medidas e mudanças necessárias na sociedade.

Tal liberdade, no entanto, também só será possível com a garantia dos direitos políticos fundamentais, como o sufrágio universal e voto, além dos direitos sociais à saúde, trabalho e educação, que permitem as condições básicas para o cidadão consiga se autodeterminar. É da atuação e proteção conjunta desses direitos que a democracia será exercida de forma plena.

Percebe-se, então, que falar em democracia não significa simplesmente traduzir o poder de decisão de uma maioria sobre quem serão seus representantes eleitos. Tão caro para essa discussão são os elementos que permitem com que a democracia se propague, sendo um conceito dinâmico, que acompanha o processo transformação político e econômico na sociedade, mas sempre em busca de se manter e de proteger suas instituições.

¹ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 16ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 35.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1264.

Portanto, o conceito de democracia deve se afastar, cada vez mais, do pensamento de ser exclusivamente o exercício do direito à escolha de representantes, e que assim se esgota o exercício democrático.

Representando a consequência de tal pensamento, Jean-Jacques Rousseau:

“A soberania não pode ser representada.” e, portanto, “o povo inglês só acredita ser livre, mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada.”³

Além dos quesitos já apontados acima, como a soberania popular, a participação de fato da população no autogoverno democrático, e a proteção aos direitos fundamentais, outro fator determinante para a democracia é a proteção das minorias.

Ainda que as decisões dos que nos representam deva ser majoritária, isso não anula a necessidade de se proteger as minorias para alcançar o devido ideal democrático, uma vez que é através da existência de diferenças e divergências em discursos que a democracia se molda. O dever proteção das minorias que garante que os direitos fundamentais desse grupo estão protegidos de eventuais expressões majoritárias que tentem invalidá-los.

Nesse sentido, Ronald Dworkin estabelece dois tipos de autogoverno, que ele denomina como democracia majoritarista e democracia coparticipativa. Enquanto na democracia majoritarista a vontade da maioria seria o poder político fundamental, na democracia coparticipativa todos governam em parceria, existindo, em certa medida, o autogoverno de minorias, que têm sua independência ética e dignidade protegidas⁴.

Assim, estamos diante da necessidade de equidade de tratamento e da existência de uma função contramajoritária, característica do Supremo Tribunal Federal. Como expressa Luís Roberto Barroso, ao estudar sobre a judicialização e ativismo judicial:

Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais

³ BOBBIO, Noberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 16ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 69.

⁴ DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. p. 584-589.

votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.⁵

O que antes aparentava ser um conceito simples de democracia, já ganhou a complexidade que lhe é devido. Para que ela seja efetiva, deve se afastar cada vez mais da democracia delegativa, definida por Guillermo O'Donnell⁶. Os políticos eleitos não podem agir conforme seus interesses individuais, justamente porque não houve uma delegação de poder do povo para eles, e sim a escolha de alguém para representar esse poder – entendendo, assim, suas vontades. Os eleitores não podem voltar a ser meros escravos, como disse Rousseau, ou reduzidos à condição de espectadores passivos⁷.

É a partir desse entendimento que chegamos ao termo *accountability*. Por terem a responsabilidade de representação, é necessária a transparência das ações e decisões, para que não só a sociedade, mas os outros poderes, consigam fiscalizar a atuação de quem os representa.

Nas democracias consolidadas, a *accountability* opera não só, nem tanto, "verticalmente" em relação àqueles que elegeram o ocupante de um cargo público (exceto, retrospectivamente, na época das eleições), mas "horizontalmente", em relação a uma rede de poderes relativamente autônomos (isto é, outras instituições) que têm a capacidade de questionar, e eventualmente punir, maneiras "impróprias" de o ocupante do cargo em questão cumprir suas responsabilidades.⁸

Portanto, *accountability* ilustra-se no dever de prestação de contas sobre os atos e decisões, de forma transparente, para a sociedade. Isso permite com que ela possa exercer o controle e a fiscalização do exercício da função de seus representantes, garantindo que eles estejam agindo em conformidade com o seu dever, seguindo as regras e balizas que protegem a democracia. Em outras palavras, conforme Georges Abboud leciona, o *accountability* é “o dever de prestar contas mediante critérios racionais e previamente estabelecidos”⁹.

Apesar de, até o momento, termos tratado o dever de *accountability* como algo intrínseco à atuação dos representantes eleitos pelo povo, como forma de prestar contas sobre

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, vol. 5. nº 8. 2009. p. 17.

⁶ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? Novos Estudos. 1991. p. 25-40.

⁷ Idem, p. 31.

⁸ Idem p. 32.

⁹ ABBOUD, Georges. Processo Constitucional brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 1341.

suas atuações e fiscalizar se estão agindo conforme o desejado, tal dever não é exclusivo deste Poder.

O Poder Judiciário também tem o dever de prestar de contas à sociedade, uma vez que exerce uma função fundamental para a proteção da democracia. É por meio da fiscalização das decisões que a sociedade consegue verificar se o Judiciário está decidindo conforme a lei, evitando o ativismo judicial. Nesse sentido, Georges Abboud destaca:

Por exemplo, no modelo brasileiro, juízes não se submetem à nenhuma modalidade de sufrágio universal, o que não significa que eles não tenham dever de *accountability*, pelo contrário, todos os atos do Judiciário devem ser fundamentados, ou seja, em toda decisão, o julgador deve expor de que forma ela está embasada na lei e na Constituição¹⁰.

Percebe-se, assim, que a *accountability* no Judiciário está intimamente relacionada com a fundamentação das decisões. O dever de fundamentação tem previsão constitucional, conforme o artigo 93, inciso IX:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

É por meio da fundamentação, idealmente, que há a identificação do racional utilizado para decidir como se decidiu, permitindo que se verifique se tais razões estão juridicamente fundamentadas, com critérios racionais previamente estabelecidos.

Além de ser um dever do Judiciário, a fundamentação das decisões também possui a esfera de direito fundamental dos cidadãos. Através dela, é possível fiscalizar a proteção ao Estado Democrático de Direito de decisões arbitrárias e discricionárias, que não estão pautadas em mera opinião do aplicador do direito, e sim em balizas que respeitem as normas, os princípios e as instituições.

Aqui abre-se justamente a questão central do presente trabalho: sendo o dever de *accountability* do Judiciário avaliado por meio da fundamentação das decisões e, sendo elas baseadas em critérios racionais e na lei para garantir sua atuação destituída de ativismo, como

¹⁰ ABBoud, Georges. Democracia para quem não acredita. Belo Horizonte: Letramento. 2021. p. 46.

fazer essa verificação em casos em que não é possível decidir somente com a subsunção do fato à norma?

As decisões que versam sobre conflito entre direitos fundamentais, como será analisado nos próximos capítulos, demandam um trabalho argumentativo maior, na medida em que não é possível realizar a mera aplicação direta da norma, devido ao seu caráter de princípio. Nesses casos, existem balizas que o Judiciário pode seguir para que elas cumpram com o dever de prestação de contas? Seria qualquer tipo de fundamentação razoável e suficiente para cumprir esse dever?

Para chegarmos a uma conclusão, é preciso entender primeiramente, o dever de fundamentação e, após, como ocorrem as decisões sobre colisão entre direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para conseguirmos analisar a fundamentação das decisões e avaliar a eficácia da linha argumentativa desenvolvida para a prestação de contas do Judiciário, faz-se necessário o entendimento geral sobre o objeto dessas decisões, neste estudo: os direitos fundamentais.

O ordenamento brasileiro, prevê, na Constituição da República Federativa de 1988, em seu Título II, os “Direitos e Garantias Fundamentais” dividindo-se entre capítulos denominados: (i) dos direitos e deveres individuais e coletivos, (ii) dos direitos sociais, (iii) da nacionalidade, e (iv) dos direitos políticos. Salienta-se que, apesar de conter um capítulo específico versando sobre os direitos fundamentais, tais disposições não são taxativas, existindo proteções fundamentais ao longo de todo o texto constitucional.

Desta forma, não sendo a consulta ao Capítulo da Constituição suficiente para entendermos quais são os direitos fundamentais, é necessário um estudo histórico, filosófico e doutrinário para entendermos suas características e, assim, conseguirmos identificá-los.

Não é incomum que a definição de direitos fundamentais seja relacionada ao conceito de direitos humanos. No entanto, cumpre destacar que a distinção dos termos, apesar de parecer sutil à primeira vista, deixa evidente que não se está, necessariamente, tratando do mesmo objeto.

No critério definido por Ingo Wolfgang Sarlet¹¹, os direitos humanos guardam uma relação direta com o jusnaturalismo, com uma dimensão pré-estatal, enquanto os direitos fundamentais têm relação com o direito positivado na ordem jurídica de cada Estado.

As transformações sociais ao longo da história, portanto, deram origem a um ordenamento que contém os chamados direitos fundamentais. Em breve relato, o conceito de direitos naturais e inerentes, de origem na filosofia e religião, sofreu influência dos ideais iluministas e da teoria contratualista, que aplicaram relevância aos direitos, liberdades e deveres individuais e, com o passar dos anos e como consequência das mudanças históricas e sociais, tornaram-se regramentos que passaram a organizar a sociedade.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 37.

A título de exemplo, temos na Inglaterra a Bill of Rights (1688), como resultado da Revolução Gloriosa e, como marco da transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais constitucionais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No que tange a fundamentalidade dos direitos, cada Estado adota, em seu ordenamento, aqueles que ele elenca como fundamentais, não sendo necessariamente os mesmos para todos os Estados. Nesse sentido, portanto, ainda que se identifique categorias como vida, liberdade, igualdade e dignidade, fazendo parte da fundamentalidade, ainda é um desafio encontrar um denominador comum a todos os direitos tidos como fundamentais, em todos os ordenamentos¹².

A análise histórica, no entanto, não é suficiente para identificar a delimitação material dos direitos fundamentais, sendo relevante a identificação das funções desses direitos. José Joaquim Gomes Canotilho elenca, em sua doutrina, quatro funções dos direitos fundamentais¹³.

Segundo o autor, a primeira função é a de defesa ou liberdade, que consiste na proibição, ou seja, na defesa desses direitos de atuação arbitrária do poder público, e na proteção, ou seja, na liberdade do homem e cidadão exercer o direito que foi a ele garantido.

A segunda função destacada é a prestação social. Essa função compreende o dever de o Estado proporcionar aos cidadãos os meios de obter os direitos, podendo ser verificado, especialmente, nos chamados direitos sociais, como o direito à saúde, à educação e ao lazer.

Por sua vez, a terceira função é a proteção perante terceiros. Os direitos fundamentais não devem estar protegidos, apenas, do arbítrio do Estado, e sim de terceiros que, de certa forma, agem para violá-los. Novamente, verifica-se que o Estado deve adotar medidas para proteger o exercício dos direitos fundamentais.

Por fim, Canotilho identifica a função de não discriminação. Por meio dessa função que garante que o Estado deve proteger e garantir o exercício dos direitos fundamentais a todos os

¹² Idem. p. 76.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 373.

cidadãos, sem distinção, e que tal exercício seja realizado de forma igual a todos. É a partir desse conceito, então, que surgem as cotas e as ações afirmativas.

Passada a breve análise histórica do surgimento dos direitos fundamentais como direitos positivados, bem como algumas funções exercidas por esses direitos no ordenamento jurídico como um todo, resta compreendermos a estrutura dos direitos.

É a partir da estrutura do direito fundamental que conseguimos estudar a forma como serão aplicados, e as consequências que eles acarretam para a fundamentação de decisões que versam sobre tais direitos.

2.2 Regras vs. Princípios

O ordenamento jurídico, como considerado pela maior parte da doutrina, é composto por normas que se subdividem em duas espécies: as regras e os princípios. A distinção entre essas espécies já foi abordada por diversos autores, que adotam diferentes vieses para distinguir essas normas, como o grau de generalidade e grau de relevância.

Em seu livro “Levando os direitos a sério”¹⁴, Ronald Dworkin define as regras como normas aplicáveis à maneira “tudo-ou-nada”, de forma que ou será válida e aplicada para o caso, ou não será válida, logo, não poderia ser aplicada. Os princípios, por outro lado, são compostos pela característica da importância, que será utilizada para resolver eventual conflito entre princípios.

Humberto Ávila, por sua vez, apresenta uma teoria que distingue as regras dos princípios de forma diferenciada, além de acrescentar uma terceira categoria às espécies normativas: os postulados. Para o presente trabalho, o foco será em uma breve análise das definições de regras e princípios.

Para o autor, as regras têm como característica uma delimitação mais específica da finalidade do seu conteúdo, redigidas de forma mais descritiva sobre seu conteúdo. Em suas palavras:

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 113.

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 o suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos¹⁵.

Por outro lado, os princípios são normas que determinam o estado de algo a ser atingido, tendo relação com os efeitos de uma determinada conduta para atingir esse estado. Desta forma, apresenta a seguinte definição:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade 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.¹⁶

Portanto, Ronald Dworkin e Humberto Ávila são dois exemplos na doutrina jurídica que buscaram encontrar a distinção entre regras e princípios. É somente a partir da compreensão dessa diferença que nos aproximamos da estrutura dos direitos fundamentais, essencial para o presente trabalho.

Este estudo, alinhado com a doutrina majoritária, respalda a estrutura dos direitos fundamentais na teoria desenvolvida por Robert Alexy. Segundo o autor, a distinção entre regras e princípios em muito se assemelha à definição de regra conceituada por Dworkin, ao conceituar as regras como normas que serão aplicadas por completo ou não, a depender da relação do fato com a previsão legal. A regra, ainda, será aplicada como uma subsunção do fato à norma.

No entanto, a teoria de Robert Alexy define os princípios sob outro ângulo, ao caracterizá-los como mandamentos de otimização. Nesse sentido, os princípios devem ser aplicados “na maior medida possível”¹⁷, e não identificados a partir de sua importância.

A aplicação dos princípios na maior medida possível significa que o grau de sua incidência no fato poderá variar a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20a ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 104.

¹⁶ Idem. p. 104

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 90.

concreto. Assim, por não seguir uma lógica de “tudo-ou-nada”, o conflito entre princípios não será resolvido com a declaração de invalidade de um deles, e sim com uma análise sobre o peso de cada no caso concreto. Isso ocorre justamente porque, pela variação dos elementos em um caso concreto, o princípio X poderá proteger, até certa medida, aquela situação, enquanto outro ponto estará respaldado por princípio Y, que impede o princípio X de atuar por completo sem, no entanto, invalidá-lo.

É a partir dessa distinção que surge o aparente problema entre os princípios: se eles são normas cujo grau de aplicação varia conforme o caso concreto, e há possibilidade de dois princípios atuando, aparentemente, em uma mesma situação, é preciso decidir qual dele irá prevalecer. Aqui se encontra a “lei da colisão”, de Robert Alexy.

Antes de adentrarmos nas particularidades da lei de colisão, que será essencial para compreendermos maneiras de fundamentar a solução entre conflito de princípio, iremos partir para duas análises que decorrem da definição de princípios como mandamentos de otimização: o suporte fático de atuação dos princípios, e as teorias que fundamentam suas colisões.

2.2 O suporte fático

O suporte fático deve ser entendido como o âmbito de proteção de determinado direito fundamental. É a partir da determinação do suporte fático de um direito que conseguimos identificar se a situação concreta estaria, ou não, protegida pela norma. A doutrina divide o suporte fático em dois tipos: o suporte fático amplo e o suporte fático restrito.

Como destacado, o estudo do suporte fático se faz necessário por sua relação direta com a aplicação dos direitos fundamentais, as hipóteses de colisão e a fundamentação das decisões. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva ressalta as consequências da definição do suporte fático de um direito fundamental:

A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos

e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático¹⁸.

Ao considerar um suporte fático restrito, existe uma delimitação do que não será protegido pelo direito *a priori*, sem considerar nenhuma situação concreta que determine esse limite. O próprio texto constitucional, ao prever a proteção a um direito fundamental, está excluindo algumas hipóteses dessa proteção normativa, de forma que não haverá colisão entre direitos fundamentais.

Para ilustrar, pense no direito à liberdade de expressão. Considerando um suporte fático restrito, qualquer manifestação que venha a ferir a honra de terceiros não faz parte do âmbito de proteção da liberdade de expressão, estando *a priori* excluída e inexistindo qualquer conflito entre esse direito e o direito à personalidade.

Assim, a fundamentação de casos que analisam os direitos fundamentais com um suporte fático restrito, idealmente, precisaria demonstrar as razões para que determinadas situações não sejam englobadas pela “área de proteção” daquele direito.

O critério de fundamentação pode variar entre uma análise de conteúdo histórico e sistemático do surgimento do direito em questão, com o disposto em todo o ordenamento, até o grau de especificidade da situação, como entendido por Friedrich Muller. Segundo seu entendimento, toda ação que não for considerada essencial para o exercício do direito fundamental, podendo ser substituída, não está protegida por ele, sendo que sua proibição não representa uma restrição ao direito.¹⁹

O suporte fático amplo, por sua vez, consiste na ausência de prévia delimitação das situações que estão protegidas pelo direito fundamental. Sob essa perspectiva, todo fato que faça minimamente parte da temática do direito fundamental estará por ele protegido, ainda que apenas inicialmente. A avaliação da proteção definitiva desse direito será feita posteriormente, com o estudo das variáveis da situação concreta.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009. p. 68.

¹⁹ Idem. p. 86.

Desta forma, o suporte fático amplo garante uma proteção *prima facie* aos direitos, e sua proteção definitiva será determinada somente após a análise das circunstâncias concretas, com a aplicação do sopesamento quando incidirem possíveis restrições ao direito.

Nesse sentido, portanto, Virgílio Afonso da Silva diferencia as duas espécies de suporte através do foco de cada modelo: enquanto no suporte fático restrito a argumentação é desenvolvida sob o que será protegido pelo direito, no suporte fático amplo a argumentação ocorre quando a restrição ao direito ocorrerá²⁰.

2.3 Teorias de restrição a direitos fundamentais

Além do campo de atuação do direito fundamental, outra análise pertinente para compreender esses direitos e, especialmente para este trabalho, os meios para se fundamentar as decisões que versam sobre eles, é o estudo sobre como ocorrem as restrições aos direitos fundamentais. A doutrina divide esse estudo sob dois aspectos: (i) teoria interna, e (ii) a teoria externa, que serão brevemente expostos.

A teoria interna entende que o limite de atuação é definido internamente pelo próprio direito, trazendo o conceito de “limites imanentes”. Nesses casos, não há que se falar em colisão entre direitos, pois a atuação do direito está definida implícita ou explicitamente pela própria Constituição²¹, pela própria norma, sendo o objeto do direito tanto o que ele protege, quanto os limites imanentes dele.

A teoria externa, por sua vez, considera o conteúdo do direito como sua extensão *prima facie* e, em separado, as restrições ao exercício desse direito. Portanto, não existem limites atuando nesses direitos, e sim restrições de sua atuação que serão definidas conforme o caso concreto, de modo que poderão variar de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Ressalta-se, conforme expõe Virgílio Afonso da Silva, que a relação entre suporte fático e a extensão do direito não está diretamente relacionada às teorias de restrições, ou seja, o

²⁰ Idem. p. 94

²¹ Idem.p. 131

suporte fático amplo não é o mesmo que aplicar a teoria externa, e o suporte fático restrito não é o mesmo que aplicar a teoria interna²².

Desta forma, o direito pode ter um suporte fático restrito e ainda assim aceitar que, dentro desse conteúdo definido, pode haver colisões entre direitos, aplicando-se a teoria externa²³. Considere, apenas à título de exemplo, o direito à liberdade de expressão em sua manifestação de liberdade de imprensa, de informar a sociedade. Imaginemos que a liberdade de imprensa tenha excluído de seu suporte fático o direito de revelar informações de caráter estritamente pessoal, ou seja, tenha adotado o suporte fático restrito.

Apesar de existir esse campo negativo de atuação, todo o campo positivo de incidência desse direito, quando adotada a teoria externa, ainda pode entrar em colisão com outros princípios, levando a restrição do campo positivo de atuação.

Ainda, podemos considerar o suporte fático amplo, ou seja, uma proteção *prima facie* desses direitos dentro de limites previamente estabelecidos pelo próprio direito em questão, de forma que não existe conflito entre os direitos – quando em uma situação não se aplica o direito não é porque outro prevaleceu sobre ele, e sim porque o próprio direito limitou que, naquelas circunstâncias, não estariam sob sua proteção.

Quando se considera um suporte fático amplo e uma teoria externa, é natural que existam colisões entre os direitos fundamentais. Para solucionar esses conflitos e, assim, decidir qual direito deverá prevalecer *in concreto*, uma das ferramentas reconhecidas pela doutrina constitucional é a regra da proporcionalidade, que será analisada posteriormente.

Feitas as considerações sobre as estruturas dos direitos fundamentais, é necessário compreender uma das ferramentas para fundamentar e solucionar o conflito entre eles, quando aplicada a teoria externa.

2.4 A regra da proporcionalidade

²² Idem. p. 158

A regra da proporcionalidade é uma forma de solução para os casos de colisão entre direitos fundamentais, adotando a teoria externa de colisão de direitos, trazendo balizas para que a decisão sobre qual direito deve ser aplicado em detrimento da restrição de outro direito seja feita de forma fundamentada e que evite que eventual restrição seja desproporcional.

Nesse sentido, a regra da proporcionalidade se divide em três sub-regras: (i) adequação, (ii) necessidade, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser aplicadas de forma subsidiária: a análise da proporcionalidade só avançará para o nível da proporcionalidade em sentido estrito, caso seja necessário e, também, adequado.

Inicialmente, cabe ressaltar que essa análise será feita quando tivermos em um caso concreto onde uma medida M estiver restringindo o direito fundamental D_1 , para permitir o exercício do direito fundamental D_2 . Assim, as sub-regras analisarão a ação, trazendo a proteção definitiva do direito fundamental no caso concreto.

A sub-regra da adequação considera adequada a medida M que fomente o objetivo de proteção do direito fundamental D_2 , ainda que não o atinja essa proteção por completo. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado²⁴.

Assim, sendo a medida adequada, pode-se passar à análise da segunda sub-regra, a regra da necessidade. Uma medida M será necessária quando for a única que consegue promover, naquela proporção, o fomento do direito fundamental D_2 , restringindo da menor maneira possível, o direito fundamental D_1 .

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido²⁵.

Desta forma, essa regra recai sobre diversas hipóteses adequadas para fomentar o direito, avaliando qual delas é a necessária, evitando a utilização de medidas que não sejam eficientes na proteção do direito D_2 e, ainda assim, restrinjam em demasiado o direito D_1 .

²⁴ O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

²⁵ Idem. p. 17.

Assim, aprovada pela regra da adequação e tendo sua necessidade comparada como outras hipóteses de medidas, a medida M passará para avaliação da proporcionalidade em sentido estrito.

É na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito que será realizado o sopesamento entre a relevância da proteção do direito D_2 em detrimento da restrição do direito D_1 e, assim, avaliar a proporcionalidade da medida M .

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido²⁶.

Portanto, após a aplicação das três sub-regras da regra da proporcionalidade, tem-se fundamentado a escolha da proteção de um direito em detrimento da restrição de outro, através de uma medida.

Com todo o exposto, conseguimos brevemente passar pela estrutura dos direitos fundamentais e algumas teorias e formas de aplicação e resolução dos conflitos verificados da aplicação desses direitos. É desta forma que conseguimos compreender vertentes para a fundamentação de decisões em casos que têm esses direitos como objeto.

²⁶ Idem. p. 21

3. O CASO AIDA CURÍ: UMA ANÁLISE CONCRETA

Feitas as considerações sobre a importância do cumprimento do dever de *accountability* pelo Poder Judiciário, expresso através da fundamentação das decisões proferidas, e analisando as teorias de decisões em casos de colisão entre direitos fundamentais, cuja aplicação não ocorre de forma simples, com subsunção de fato à norma, mas por um desenvolvimento argumentativo acerca da medida de incidência daquele direito, passaremos ao caso concreto.

Para o estudo prático, faz-se primordial analisar o desenvolvimento argumentativo quando há colisão entre direitos fundamentais, verificando, assim, se existem balizas suficientes que permitem com que a sociedade consiga exercer a fiscalização necessária para que se evite eventual abuso de poder.

Nesse sentido, selecionamos o recente acórdão, proferido em fevereiro de 2021 no Recurso Extraordinário 1.010.606. Os Autores ajuizaram a ação de indenização em face da Globo Comunicações e Participações S/A, pela exibição no programa “Linha Direta Justiça”, um documentário sobre o assassinato de Aida Curi, irmã dos Autores, com relatos da investigação e reconstituição dos fatos.

Alegam, em suas razões, a existência do direito ao esquecimento, bem como a violação aos artigos 1º, inciso III, e artigo 5º, *caput* e incisos III e X, da Constituição Federal. A mídia, por sua vez, alega que a pretensão dos autores viola o artigo 220, parágrafo § 1º, da Constituição Federal.

Trata-se, aqui, de um caso no qual poderia incidir clara colisão entre direitos fundamentais. Em síntese, de um lado, temos a proteção aos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, enquanto do outro verificamos o direito à liberdade de expressão e liberdade de imprensa, ainda que, ao longo de cada fundamentação, os Ministros destaquem outros direitos em conflito, sempre relacionados aos direitos mencionados.

O debate debruça-se sobre a possibilidade de proibir a veiculação de documentários após o decurso de tempo transcorrido entre o ocorrido e a exibição, caracterizando eventual ausência de interesse público ou risco de descaracterização dos fatos e, ainda que não seja

possível a remoção do conteúdo, os veículos sejam ao menos responsabilizados e os Autores obtenham indenização pelos danos causados a sua personalidade.

Desta forma, os votos passam por duas análises: a conclusão sobre existência, ou não, de direito ao esquecimento no ordenamento jurídico e, em separado o direito de indenização, pelos Autores, em razão da veiculação do documentário.

É evidente que a Corte precisaria proferir os votos considerando a possibilidade, ou não, de colisão entre esses dois grupos de direitos fundamentais, escolhendo qual deles deve prevalecer no caso concreto. Ou, ainda, que considerar uma argumentação que explique as razões para inexistência de colisão no caso, ou seja, que os direitos, em decorrência do campo de atuação de cada um, não entram em conflito.

Assim, nos próximos subcapítulos, iremos analisar a fundamentação dos votos dos Ministros, buscando identificar a ponderação feita para decidir o caso, com foco no desenvolvimento argumentativo, para buscar as balizas e o cumprimento com o dever de *accountability*.

Ressalta-se, aqui, que será feita a análise de 9 dos 10 votos proferidos. No presente caso, o Ministro Luís Roberto Barroso se declarou suspeito, e o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski não estava disponível na consulta pública do acórdão, no *site* do Supremo Tribunal Federal à época da elaboração do presente trabalho. No entanto, não há prejuízo na análise dos demais votos.

3.1 Voto do Ministro Dias Toffoli (Relator)

O Ministro relator Dias Toffoli concluiu pela inexistência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico. Essa conclusão, por si só, não exclui a possibilidade de os Autores receberem a indenização por danos morais em razão da veiculação do documentário. No entanto, o entendimento também é pela impossibilidade da incidência de indenização no caso, tendo em vista que não se verificou abuso aos direitos da personalidade na veiculação da notícia.

Inicialmente, o Ministro busca definir o "direito ao esquecimento", valendo-se de uma análise histórica do surgimento desse direito na jurisprudência internacional. Feito isso, há a

definição dos elementos do direito ao esquecimento, essencial para conseguir identificar seu campo de atuação.

Assim, foram elencados os seguintes elementos: (i) veiculação de informações obtidas lícitamente, tendo em vista que as ilícitas já possuem regulações específicas, e (ii) a atuação do decurso do tempo entre a ocorrência do fato e a divulgação, sendo responsável por descontextualizar a informação, e ausente o interesse público.

Ao identificar os elementos, o Ministro se debruça nas normas infraconstitucionais para buscar o decurso do tempo como fator de proteção de direitos, transformando uma atitude lícita em ilícita, o que não conseguiu concluir tanto no âmbito cível, tributário, comercial e administrativa.

Ainda, é feita uma análise dos direitos à personalidade e da liberdade de expressão, de onde decorre a liberdade de imprensa. É identificado diversas proteções constitucionais e infraconstitucionais aos direitos da personalidade, como a privacidade, a honra, e a imagem, inclusive restringindo a liberdade de expressão pela legislação.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli apresenta expressamente o conceito relativo ao suporte fático amplo e o direito à liberdade de expressão considerado *prima facie*:

Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão – aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada sociedade – é, que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

Define, também, o conceito de atuação da liberdade de expressão, como sendo garantidor da democracia e responsável por proteger tanto quem comunica quanto os terceiros que têm o direito de receber a informação, devendo ser considerado para a ponderação.

Assim, com uma definição minuciosa da atuação da liberdade de expressão e do direito à personalidade, se torna possível entender o conflito entre os direitos, onde um pode ultrapassar o limite do outro. Percebe-se que, ainda que não seja aplicado os três elementos da regra da proporcionalidade, identifica-se que a proporcionalidade em sentido estrito foi utilizada para decidir entre o direito à liberdade de expressão e à personalidade.

Ressaltamos, aqui, o trecho em que o Ministro apresenta sugestões mais proporcionais para a proteção dos direitos da personalidade que atingem o objetivo sem restringir demasiadamente a liberdade de expressão. Entendemos que esse argumento em muito se assemelha à aplicação da sub-regra da "necessidade", apesar de não ter sido mencionado desta forma:

Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento; o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

Verifica-se, portanto, que o Ministro pautou sua decisão considerando o âmbito de proteção da liberdade de expressão como sendo amplo e, portanto, precisou de elementos para conseguir atribuir pesos aos direitos em conflito e, por fim, definir qual direito irá prevalecer no caso concreto. Ainda que se reconheça a necessidade de ponderação, não se verifica uma aplicação direta e das três sub-regras de forma subsidiária.

3.2 Voto do Ministro Nunes Marques

O segundo voto a ser analisado é o proferido pelo Ministro Nunes Marques, que não reconheceu o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, mas entendeu que no caso concreto havia direito à indenização por danos morais aos Autores.

Quanto ao direito ao esquecimento, o Ministro se orienta pela ausência de previsão, seja expressa ou tácita, desse direito na legislação. Menciona que, ainda que se observe a nomenclatura desse direito em alguns julgados, não se verifica um padrão de aplicação, uma vez que ele é identificado em (i) casos de registros criminais, (ii) veiculação de notícias de pessoas acusadas de crimes prescritos, e (iii) desindexação de sites de busca, sendo aplicado como uma solução hermenêutica genérica para casos difíceis.

Nesse sentido, o Ministro entende que seria necessária uma atuação do legislador para prever tal direito, definindo seus limites e incidência, sem que o judiciário crie um instituto jurídico abstrato.

O reconhecimento do direito à indenização, por sua vez, foi fundamentado principalmente com base na diferença entre o "bom jornalismo" e o "mau jornalismo", que seguiria um abuso do poder de informar, considerando que a liberdade de expressão não pode ser limitada previamente.

Nesse ponto, ressaltamos a afirmação do Ministro de que a liberdade de informação e comunicação não pode ser "limitada previamente". Portanto, torna evidente que o suporte fático utilizado é amplo, devendo ser analisado pelas condições externas, ao afirmar o que a análise pressupõe o estudo dos fatos na causa, podendo colidir com a vida privada.

Entende que o dever de indenizar decorre do fato de que a vítima, no caso concreto: (i) não era pessoa pública, (ii) o decurso do tempo não trouxe novos elementos para tornar o fato relevante, (iii) houve expressa oposição da família para a veiculação do programa, (iv) não havia interesse informativo, utilidade social e importância histórica. Assim, restou configurado o "mau jornalismo", ferindo a honra e a imagem dos Autores e da vítima.

Percebe-se, aqui, que foi feita uma análise de colisão entre direitos, indicando algumas balizas e argumentos que justifiquem a indenização, tratando da identificação do que seria o "bom" e "mau" jornalismo para a indenização. Ainda, entende-se pela aplicação da teoria externa, uma vez que se utilizou do caso concreto para avaliar as balizas que determinaram a indenização para os Autores.

3.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

A conclusão do Ministro Alexandre de Moraes é no sentido da encontrada pelo Relator, fundamentando na inexistência do "direito ao esquecimento" no ordenamento, bem como a inexistência do dever de indenização por danos morais para os Autores.

Ao analisar o direito comparado, o Ministro ainda identifica diversas perguntas a serem respondidas sobre a real aplicação do direito ao esquecimento, e quais as consequências que decorrem dele. Segundo seu entendimento, reconhecer o direito ao esquecimento seria reconhecer a censura prévia, o que não é admitido.

O direito de indenizar, por sua vez, não é reconhecido no caso concreto, por inexistir uma narrativa abusiva e desrespeitosa na veiculação do documentário.

Entendemos que, ainda que o Ministro não faça uma menção expressa à regra da proporcionalidade, existem elementos fortes em sua argumentação que permitem a definição do campo de aplicação da liberdade de expressão e da proteção aos direitos da personalidade, identificada na responsabilização.

Segundo Alexandre de Moraes, a liberdade de expressão inclui em seu aspecto positivo, a permissão de se manifestar como bem entender e, em seu aspecto negativo, a proibição de qualquer intervenção do Estado pela censura prévia. Ainda, é explícito ao defender a liberdade de expressão como garantidora do Estado Democrático de Direito, atribuindo o peso e a proporção:

A liberdade de expressão somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões e análises, inclusive sobre fatos pretéritos, por mais sensíveis que sejam. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

Assim, quando verificado abusos das divulgações permitidas, como se deve aplicar a responsabilização, parte do binômio "liberdade e responsabilidade" para a proteção dos direitos à personalidade, que o Ministro relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana. Ao elencar esse quesito como elemento dos direitos da personalidade, o Ministro apresenta um contraponto ao peso que deve ser atribuído a esse direito, quando em conflito com o direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, portanto, o Ministro considera que a interpretação deve ser feita por meio de uma análise específica dos casos.

Desta forma, entende-se que, novamente, foi aplicada a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que não identificada de forma expressa as duas outras sub-regra, com o entendimento do âmbito de aplicação dos direitos em jogo.

3.4 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, divergindo do que foi concluído nos votos anteriores, reconhece a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento decorre dos pilares constitucionais da dignidade da pessoa humana, privacidade e autodeterminação informativa. Destaca, inclusive, o Enunciado n. 531, de 2014: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o 'direito ao esquecimento'. Por outro lado, não verifica o dever de indenização por danos morais, no caso concreto.

Explicitamente, Edson Fachin menciona a necessidade de aplicar a técnica do sopesamento em casos de conflitos de princípios que, no caso concreto, traduzem-se nos direitos à liberdade de expressão, classificada como liberdade de imprensa, e o princípio do direito ao esquecimento:

A literatura mostra, entretanto, que permaneceu aberta a questão de saber quais os critérios a serem adotados em juízo de proporcionalidade, e qual peso devem receber os princípios do direito ao esquecimento e da liberdade de informação. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

O âmbito de atuação da liberdade de expressão, identificado pelo Ministro, é que ele não pode sofrer restrições além daquelas previstas constitucionalmente. Ainda, identifica que esse direito tem uma posição de preferência, preservando o "núcleo essencial do direito à personalidade", mas que isso não anularia a necessidade de ponderação desse direito, no caso concreto. Evidente, portanto, que adotou a teoria externa para a solução do caso.

Considerando os elementos acima, identifica outra baliza essencial para o sopesamento: a transcendência da informação à esfera individual. Avaliando todos os pontos, conclui que o caso concreto: (i) contém informação puramente científica, (ii) contém interesse histórico, e (iii) não há violação ao núcleo do direito à personalidade, por não causar dano à memória da vítima e familiares.

Desta forma, fica evidente os elementos determinados pelo Ministro para realizar o sopesamento entre os direitos à personalidade e à liberdade de expressão.

3.5 Voto da Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber, em suas razões de voto, não reconheceu o direito à indenização por danos morais. Quanto ao direito ao esquecimento, entende por sua inconstitucionalidade, e caso fosse reconhecido, poderia ser admitido apenas enquanto protetor das informações que não podem gerar qualquer interesse público e que, para isso, já existem normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ao longo de seu voto, foram expressamente definidos os âmbitos de proteção dos direitos à personalidade e à liberdade de expressão. Quanto ao primeiro, a análise ocorreu especialmente através do direito à privacidade, que foi delimitado pela proteção da personalidade e garantia da autonomia individual, bem como o elemento de proteção à democracia.

A proteção à privacidade, conforme o entendimento pela Ministra, corresponde às informações que não tem qualquer interesse à sociedade, a partir do momento que as informações são de interesse social, não estão mais no âmbito de atuação dos direitos à personalidade.

O peso atribuído à liberdade de expressão, por sua vez, detém elementos como a memória coletiva, que permite a identidade e a construção de história, bem como seu núcleo essencial, como o direito de informar e ser informado, além de ter e emitir opiniões e fazer críticas.

Destacamos, aqui, o trecho do voto que permite entender que a Ministra Rosa Weber não reconhece um conflito entre direitos propriamente, e sim como sendo uma questão de delimitação do campo de atuação e proteção dos direitos, como é definido pela teoria interna:

Não se presta o direito à privacidade – e, na medida em que se o reconheça, o direito ao esquecimento – à interdição da publicação de qualquer assunto que seja de interesse geral ou público, simplesmente, porque as matérias de interesse público estão situadas fora do seu escopo. Não se trata, pois, de afirmar uma suposta supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, e sim de delimitar os campos próprios a cada proteção

Apesar dessa afirmativa, que excluiria a necessidade de ponderação justamente pela inexistência de conflito entre direitos, tendo em vista que seus âmbitos de proteção não entram em choque, há menção expressa à aplicação da proporcionalidade:

O critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir o direito à informação sobre a conduta, presente ou pretérita, de ocupante de função de interesse público. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

A Ministra considera essa restrição à liberdade de informação desproporcional, e nega a existência de considerá-lo um direito absoluto, reconhecendo a possibilidade de dever de indenização, desde que estejam observados os limites constitucionais para ambos os direitos.

3.6 Voto da Ministra Cármen Lúcia

Ao analisar o caso, a Ministra Cármen Lúcia concluiu pela inexistência do direito ao esquecimento, valendo-se da definição desenhada pelo Ministro Dias Toffoli e os elementos destacados, bem como da ausência de dever de indenização por danos morais.

As razões de voto para a inexistência do direito ao esquecimento se basearam amplamente na importância da história e da memória para a sociedade, além de destacar o "princípio da solidariedade entre gerações". Desta forma, não seria permitido restringir a liberdade de expressão e cortar os direitos à memória coletiva, nada mais sendo que impedir o direito de os outros saberem, como uma censura.

Nos conformes da privacidade, a Ministra destaca a necessidade de proteção da dignidade do indivíduo que, no entanto, também deve ser analisada sobre os fatos que interessam para a coletividade e vida pública, mesmo que a pessoa seja, ressaltando o interesse público dos fatos para a coletividade.

Portanto, diante de fatos verídicos e obtidos por meios lícitos, não é possível se opor a divulgação de informação de relevante interesse público. Assim, entende-se que a argumentação se preocupou em formar balizas que atribuíram pesos para traçar os limites da liberdade de expressão e dos direitos à personalidade, sem que, no entanto, tenha sido realizado o sopesamento de forma explícita.

3.7 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes destaca que não há definição expressa do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, existe, no caso concreto, um conflito entre o direito de informar e ser informado, e os direitos da personalidade (honra, imagem, e vida privada), que devem ser ponderados e analisados.

Apesar disso, há destaque em seu voto para a existência do que poderia se assemelhar ao direito ao esquecimento, tanto na seara penal, quanto no âmbito cível, reconhecido pelo já citado Enunciado 531.

Apesar disso, o voto é claro ao determinar que a discussão a respeito da existência ou não desse direito no ordenamento não prejudica ou é essencial para o real debate travado na decisão do presente julgado: a colisão entre direitos fundamentais.

O Ministro dispõe que não há solução *a priori* desse conflito, ou seja, é necessária uma análise específica dos casos. Nesse ponto, observa-se a negação à teoria interna dos direitos fundamentais, estabelecendo ser necessária a ponderação para a solução do conflito concreto.

Ainda, encontra-se menção expressa à regra de proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy, elencando as três sub-regras: (i) intensidade da intervenção, (ii) importância dos fundamentos para intervirem, e (iii) a lei da ponderação em si.

Há, também, menção ao magistrado António Manuel Hespanha, destacando como seria feita uma boa interpretação:

Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito. (Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Ministro Relator Dias Toffoli. Julgado em: 11.02.2021).

Ao analisarmos o voto, verificamos que foi realizada a delimitação do âmbito de incidência do direito à liberdade de expressão, qual seja, não ferir a imagem e honra, respeitando a forma como a informação é publicada, a finalidade pública da informação.

Destaca, ainda, uma outra baliza para fundamentação que não foi mencionada em outros votos, sendo a possibilidade de anonimizar a informação, preservando os direitos à

personalidade, sem que haja desnaturação da informação. Explicitamente, o Ministro define essa solução como um "juízo de proporcionalidade em sentido estrito".

Entendemos, nesse ponto, que buscar uma solução para a divulgação de informações que possam ferir os direitos à personalidade é a aplicação prática da sub-regra da necessidade, que determina a tentativa de reconhecer formas que consigam atingir na mesma forma a finalidade pretendida, sem ferir demasiadamente o outro direito.

Quanto ao caso concreto, entendeu-se que houve divulgação da informação de uma forma vexatória, razão pela qual é cabível a indenização por danos morais.

Por todo exposto, verifica-se a aplicação clara da proporcionalidade em sentido estrito, sendo realizada a devida ponderação com base nas balizas previamente definidas.

3.8 Voto do Ministro Marco Aurélio

Em voto objetivo, o Ministro Marco Aurélio não reconheceu a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, e não verificou a ocorrência de ato ilícito no caso concreto para gerar o dever de indenizar.

Em suas razões de fundamentação, se ateve ao tratamento do direito à liberdade de manifestação, aqui entendido como espécie da liberdade de expressão, como impossibilitado de sofrer qualquer restrição, destacando a memória e que não é possível passar a borracha no dever de informar, partindo para o obscurantismo.

Ao considerar que a liberdade de manifestação não pode sofrer qualquer restrição, o Ministro não considera sequer a possibilidade de colisão no caso, sem trabalhar de forma específica os limites do direito à privacidade, exceto quando se figuram atos ilícitos, por considerar, nesses casos, cabível indenização.

Não houve qualquer menção à regra da proporcionalidade ou necessidade de sopesamento entre direitos, nem uma referência a possibilidade de se ferir direitos à personalidade dos Autores.

3.9 Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux considera, em seu voto, que o possível direito ao esquecimento decorre da dignidade da pessoa humana. Apesar disso, coloca como baliza para considerar no caso concreto a relevância dos fatos para o interesse público.

O Ministro Luiz Fux considera, em seu voto, que o direito ao esquecimento existe no ordenamento jurídico, decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana, mas deve ser protegido apenas no âmbito de dados pessoais, que não tenham relevância pública.

No caso concreto, por exemplo, como os fatos se tornaram notórios, não é possível que o decurso do tempo permita um ocultamento dos fatos. Nesse sentido, e por inexistir no caso concreto um ato ilícito, não é possível conceder a indenização por danos morais, conforme pleiteado nos autos.

No entanto, para chegar a essa conclusão, os fundamentos do voto passaram por expresso uso do sopesamento, elencando perguntas que auxiliam a identificação do âmbito de proteção dos direitos e elementos que os caracterizam.

Para o direito à liberdade de imprensa, contido no gênero da liberdade de expressão, identificamos novamente a dualidade do direito de informar e de ser informado, além de elencar a importância para a democracia, para a memória, e a formação da dignidade dos cidadãos identidade política.

Ao abordar o direito à privacidade, o Ministro Luiz Fux estabelece o critério do interesse público: "A medida em que cresce a notoriedade dos fatos, reduz-se a esfera privada das pessoas"

Por fim, destaca os critérios de ponderação como o elemento temporal, o propósito da divulgação, relevância e interesse coletivo da divulgação, e notoriedade dos fatos. Nesse sentido, verifica-se a aplicação clara da proporcionalidade em sentido estrito, onde aplica pesos a cada direito em jogo, baseado em critérios racionalmente estabelecidos.

4. CONCLUSÃO

Ao analisarmos os votos proferidos por cada Ministro, buscando identificar a forma como cada um realizou a argumentação e raciocínio para fundamentar a decisão sobre direito ao esquecimento e a colisão entre direitos fundamentais em jogo, percebemos que as conclusões não foram um consenso.

Enquanto alguns votantes não reconhecem o direito ao esquecimento no direito brasileiro, como o Ministro Nunes Marques e Ministro Gilmar Mendes, outros são firmes em sua identificação no ordenamento, ainda que não esteja explícita. Resta esclarecido, também, que o reconhecimento do direito ao esquecimento não está diretamente relacionado à necessidade de indenização por danos morais, ou não.

Sendo o direito ao esquecimento relacionado ao direito à personalidade, como a imagem, a honra e a vida privada, que estão protegidos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, a análise de eventual colisão desses direitos com a liberdade de expressão, independe do reconhecimento do primeiro.

O que buscamos com o presente trabalho é estudar a forma como foi desenvolvida cada argumentação. Concluimos, pelo estudo prático, que a fundamentação completa é essencial para a compreensão dos motivos que levaram à decisão do caso.

Por fundamentação completa entendemos ser aquela capaz de demonstrar, de forma clara e embasada em raciocínio lógico-jurídico, as razões por ter sido decidido daquela forma. Portanto, não será, necessariamente, o voto com mais páginas, ou mais referências à doutrina e jurisprudência internacional.

No caso de fundamentação sobre colisão de direitos fundamentais, sendo a análise proposta pelo presente trabalho, pudemos concluir que a menção expressa à teoria externa, à teoria interna, ou à regra da proporcionalidade e aos suportes fáticos de proteção dos direitos, não foram realizadas. Por mais que diversas vezes fosse mencionada a “proporcionalidade”, não era uma referência fiel da regra da proporcionalidade em si, nos termos definidos no Capítulo 2, tópico 2.4.

Identificamos isso na medida em que nenhum Ministro foi explícito na aplicação das sub-regras da regra da proporcionalidade. Não identificamos, ao longo dos votos, o raciocínio de aplicação subsidiária da regra da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, conforme desenvolvida por Robert Alexy.

No entanto, aqui, fazemos destaque aos votos do Ministro Dias Toffoli e Ministro Gilmar Mendes que mencionaram algumas alternativas para a proibição de se veicular as informações sendo, respectivamente, o complemento, retificação, direito de resposta, e a anonimização dos fatos. Entende-se que a escolha de tais alternativas é raciocínio semelhante à aplicação da sub-regra da necessidade.

Novamente, para que tivesse sido de fato aplicada a regra da proporcionalidade, os votos teriam que passar pela análise da adequação e, posteriormente, da necessidade. Ainda, sendo tais alternativas consideradas melhores à solução adotada, de modo que esta não era necessária, não haveria sequer a razão de realizar a proporcionalidade em sentido estrito, que seria a atribuição de peso aos direitos, o que foi feito ao longo de todo o voto dos Ministros citados.

Apesar disso, os Ministros, em sua maioria, aplicam o raciocínio de sopesamento, e consideram a existência de uma colisão entre os direitos. Essa colisão, no entanto, foi solucionada, principalmente, por meio da atribuição dos pesos aos direitos, ou seja, como uma análise de proporcionalidade em sentido estrito.

Como ficou destacado nos votos de cada Ministro, muitos trouxeram atribuição de valores para cada direito em conflito. Como exemplo, citamos o valor da memória coletiva, diversas vezes mencionado nos votos da Ministra Carmen Lúcia sobre direito à informação, e a dignidade humana, citada pelo Ministro Alexandre de Moraes ao tratar dos direitos da personalidade.

Ademais, foram apresentadas diversas balizas para auxiliar na decisão sobre o conflito entre direitos. O interesse público da notícia, o caráter lícito dos fatos, e a importância de sua veiculação para a coletividade são alguns dos elementos destacados, além da observância de divulgação de informação de forma não vexatória, protegendo também os direitos da personalidade de excessos.

Destacamos, ainda, o voto da Ministra Rosa Weber. Pela análise de sua argumentação, verificamos que ela não reconhece propriamente um conflito entre ambos os direitos, uma vez que deixa claro que os limites de atuação do próprio direito estão determinados na própria Constituição Federal, considerando que eventual desproporcionalidade seria pelo fato da ação violar o limite da liberdade de expressão, que já está previamente definido.

Por outro lado, o voto do Ministro Marco Aurélio foi fundamentado em uma impossibilidade de qualquer restrição à liberdade de expressão, sem se aprofundar no âmbito de proteção dos direitos da personalidade, portanto, sem realizar um raciocínio que se debruçasse em eventual conflito entre direitos.

Assim, concluímos que, independentemente da teoria adotada ou da aplicação da regra da proporcionalidade em suas três etapas, o que se torna mais relevante para a fundamentação em casos de colisão entre direitos fundamentais é o âmbito de proteção de cada um deles e, caso considere a existência de um conflito, uma determinação clara das balizas que nortearam a atribuição de pesos para cada direito.

Não se pretende, no presente trabalho, eleger a teoria mais adequada para solucionar esses conflitos, ou selecionar o voto com melhor e mais completo fundamento, e sim perceber que, independente da teoria escolhida, o essencial são os argumentos e a clareza de um raciocínio pautado em diretrizes lógicas e jurídicas de escolha.

Elencar a dignidade da pessoa humana e o caráter democrático, são exemplos de como a atribuição de valores constitucionais aos direitos, e não meramente opinião pessoal do julgador, enriquecem o argumento na fundamentação realizada.

Desta forma, o dever de prestação de contas à sociedade é cumprido quando o Judiciário fundamenta suas decisões sobre direitos fundamentais em colisão de forma clara, destacando as balizas que levaram à prevalência de um direito sobre o outro, ou os motivos pelos quais determinado direito não tem, em seu âmbito de proteção, alguns fatos, e por quais razões não o tem. Somente assim, com a argumentação explícita, é que a sociedade poderá compreender as razões de decidir.

Inclusive, a mera referência ao uso de uma teoria ou outra de solução de conflitos não seria suficiente. Para aproximar a fundamentação de um controle social, ainda que esse controle seja exercido por pessoas da área jurídica, é preciso que tenha claro como estão aplicando a teoria, a citação da teoria não é garantia de que o julgador está partindo de um mesmo conceito de aplicação que o intérprete.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Democracia para quem não acredita. Belo Horizonte: Letramento. 2021.

_____. Processo Constitucional brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, vol. 5. no 8. 2009.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 16ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.

CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

_____. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? Novos Estudos. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, 2002.