

Trinta anos da Constituição Federal brasileira. A evolução social e jurídica dos direitos fundamentais. Reflexos do princípio da proporcionalidade e da ponderação

*Artur Marques da Silva Filho*¹
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A fundamentalidade material dos direitos fundamentais 2. Hermenêutica constitucional. Aspectos relevantes da evolução social e jurídica dos direitos fundamentais. 2.1. Uniões homoafetivas. 2.2. Direito ao esquecimento. 3. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, reafirmou o compromisso da Nação com o respeito aos Direitos Fundamentais, reservando a eles o Título II com enumeração direta e explícita, mas também admitindo-os de forma implícita por norma de natureza inclusiva do art. 5º, § 2º, que incorporou-se à nossa tradição constitucional desde a Carta Magna de 1891 (art. 78).

Essa integração do rol de Direitos Fundamentais, que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não raro demanda uma análise da natureza jurídica de um direito invocado, quando não se possa desde logo afirmar sua fundamentalidade formal, derivada da qualificação legislativa, para que se realize uma

¹ Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Formou-se pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí, turma de 1976. É especialista em Direito Processual Penal (1977) e em Direito Público (1981) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, doutor pela Universidade de São Paulo (1994) e livre-docente pela Universidade Estadual Paulista (2001). Ingressou na Magistratura em 1978, atuando nas comarcas de Miracatu, Rancheira, Campinas, Jundiaí e São Paulo. Passou a integrar o 2º Tribunal de Alçada Civil em 1994. Foi presidente da Associação Paulista de Magistrados de 2001-2002. Promovido a desembargador do TJSP no ano de 2005, foi eleito membro do Órgão Especial em 2009 e reeleito em 2011. Presidiu a Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no biênio 2014/2015.

interpretação que possa conduzir à afirmação de sua fundamentalidade material.

O presente artigo propõe-se a pontuar brevemente a atuação do Supremo Tribunal Federal na afirmação da fundamentalidade material dos Direitos Fundamentais, por aplicação do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes** do regime e **dos princípios** por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (grifo nosso) e, bem assim, analisar a força do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Maior.

Ao lado dos direitos fundamentais, taxativamente expressos e assim qualificados na Constituição Federal, fica claro que outros decorrem de seu contexto, obtidos e aprimorados pela interpretação jurisprudencial, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal e percebidos por estudos comparativos da legislação infraconstitucional, formando-se, pois, um corpo normativo que une e sustenta o Estado Democrático de Direito.²

Passemos, pois, à análise da proteção dos Direitos Fundamentais e a sua fundamentalidade material, o que servirá de embasamento para que seja possível se entender as dinâmicas de aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica de ponderação pela Corte Constitucional, como forma de dar efetividade e eficácia à proteção da pessoa humana proposta pela Constituição Federal.

2. A fundamentalidade material dos direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais possuem especial relevância em sociedade democrática e no Estado de Direito por configurarem o reconhecimento e a proteção de posições jurídicas cuja disciplina se situa no cume do sistema jurídico, em condição hierárquica superior e protegidos mesmo em face do poder constituinte derivado. Por isso é que a Constituição Federal de 1988 cuida dos Direitos Fundamentais, arrolando-os topograficamente em sua parte inaugural (Título II), atribuindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 180. O autor já explicava que: “A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica). [...]”

É intuitivo que o rol dos Direitos Fundamentais descrito em título próprio da Carta Magna representa o retrato do estágio social e político da sociedade brasileira no momento em que promulgada a Constituição.

Esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco³ que:

Os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político.

De conformidade, pois, com a evolução social e política de uma determinada sociedade e, com isso, dos próprios reclamos por maiores proteções é que os direitos fundamentais acabam por refletir o momento histórico vivido.

Não é diferente do que se afirma, com base na doutrina da catalogação dos direitos fundamentais em uma linha do tempo, identificados em dimensões ou gerações⁴, e que refletem, exatamente, os diferentes movimentos históricos vivenciados pela humanidade, passando-se pelos direitos de liberdades individuais, direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, mais atualmente os direitos coletivos e aqueles decorrentes da globalização dos direitos humanos e da moderna Sociedade da Informação.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 104.

⁴ Colhe-se em julgado do E. STF que: “Vale referir, [...] até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica. Nesse contexto, [...] impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar [...] que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível [...]” [ADI 3.540 MC, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.] = ADI 1.856, rel. min. Celso de Mello, j. 26-5-2011, P, DJE de 14-10-2011

Todavia, torna-se intuitivo que a tônica⁵ para se definir um direito como fundamental é analisá-lo conforme a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto nisso consistiria a fundamentalidade material dos Direitos Humanos.

Como explica J. J. Gomes Canotilho⁶

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado “dignidade da pessoa humana”. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.

Afirmar a fundamentalidade material de um Direito Fundamental requer a análise do conteúdo do próprio direito, a fim de verificar a relevância do bem jurídico tutelado “na perspectiva das opções do constituinte”⁷, isto porque, como aduz Ingo Wolfgang Sarlet⁸, podem ser qualificadas como fundamentais em sentido material as posições jurídicas que, nada obstante ausentes do catálogo especial, são equiparáveis a direitos formalmente fundamentais por seu conteúdo e importância.

Para o Canotilho⁹, a compreensão da mencionada fundamentalidade material:

[...] Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais,

⁵ A crítica desta tônica é no sentido de que referido raciocínio deixaria de fora dos direitos fundamentais das pessoas coletivas, o que seria incompatível com a nossa Constituição Federal.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 363.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 282.

⁸ Idem, p. 284.

⁹ Op. cit., p. 499.

mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (JORGE MIRANDA). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe “norma com *fattispecie* aberta” (BALDASSARE) que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Essa constatação de que o rol dos Direitos Fundamentais ultrapassa o contido no Título II da Constituição Federal, diante da abertura material do catálogo, impõe ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição, papel preponderante na expansão do elenco dos Direitos Fundamentais em processo permanente e dinâmico de reconhecimento – entenda-se declaração – de novos direitos, em consonância com o estágio vivido pela sociedade brasileira.

A atuação da Suprema Corte, nessa seara, tem-se apresentado consistente em uma hermenêutica constitucional ampliativa, com o aproveitamento dos instrumentos processuais constitucionais surgidos a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que reafirmou sua vocação de Tribunal Constitucional.

Como se pode observar, durante estes trinta anos da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais consagrados por nossa Carta Maior, ou então, dela derivados, ganharam contornos de ubiquidade, porquanto espalhados seus reflexos sobre todos os campos do Direito.

A leitura constitucional do sistema normativo brasileiro somente se mostra adequada se realizada à luz da Constituição Federal e de seus fundamentos, em especial, da dignidade da pessoa humana.

Normas processuais, civilistas, trabalhistas, penais, tributárias, de direito administrativo, etc. passam todas, sem exceção, pelo crivo do sistema de garantia dos direitos fundamentais.

Portanto, inevitável concluir que a evolução da sociedade pelo prisma da maturidade jurídica adquirida ao longo dos anos defluiu, cada vez mais, do reconhecimento de direitos finamente elaborados e

sutilmente construídos para a proteção da pessoa humana e o direito que lhes é inerente de exercer e fluir a partir de sua personalidade, da maneira mais ampla possível.

Os julgamentos da nossa Corte Constitucional¹⁰ consagraram direitos dessa ordem, como são o direito à felicidade e sua correlação com a admissibilidade da união homoafetiva e o direito ao esquecimento, com o objetivo de se retratar, ainda que minimamente, as questões atreladas à mutação social verificada nos últimos anos.

Em todas essas hipóteses se pode visualizar a existência, ainda que com diferentes intensidades, da concorrência de direitos fundamentais entre si ou, também, de acumulação destes mesmos direitos em um idêntico titular. Ou, então, a colisão ou conflito de direitos fundamentais, o que encerra realidades diferentes e que, de maneira também diferenciada, merecem ser solucionados.

Como acentua Carlos Ayres Britto¹¹ ao tratar da Hermenêutica da Constituição:

[...] Quase tudo na Constituição é onticamente singular, a exigir metódicos instrumentos de análise também singulares. **Não é a partir de técnicas gerais de compreensão do Direito que se vai conhecer aquela parte do Direito que mais explica o próprio Direito** (que é, precisamente, a Constituição). Parte sem a qual o Direito não poderia ser visualizado como um todo em si mesmo, ou, pelo menos, como realidade tendente a esse fechamento autonômico. (negrito do original).

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 764-765. Mais uma lição do escritor português e que se insere adequadamente no nosso sistema, no que diz respeito ao entendimento do papel do STF na estrutura do nosso Poder Judiciário: “Guardião da Constituição”. À jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política. As decisões do Tribunal Constitucional acabam efetivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política. O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos de valorações políticas ou apreciações de mérito política (a doutrina fala aqui do *princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint*), não se pode furtar à tarefa de “guardião da Constituição” apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”.

¹¹ Brito, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 147.

Assim, o que se pode observar nesse período, a partir de outubro de 1988, é que o STF tem buscado empregar sempre técnicas e metodologias conciliatórias, na busca de um equilíbrio entre direitos e garantias, somente obtido mediante a dialeticidade enfática que passou a existir entre a necessidade de se obter uma interação humana derivada da conscientização acerca da igualdade e, no mesmo passo, da importância do pluralismo, restando evidenciado pela análise crítica de diversos julgados que a virtude, inegavelmente, resta localizada sempre no meio (*medius in virtus*), porquanto extremos, invariavelmente, não se sustentam. Destacam-se duas situações jurídicas paradigmas para exemplificar essa visão, como se constatará dos tópicos abaixo.

Cabe aqui, portanto, reconhecer que o fenômeno constitucional é relativamente incontrolável¹² e, por isso, a observação empírica da sociedade e dos fenômenos atrelados à sua dinâmica é essencial para que os silogismos jurídico-políticos realizados pela Corte Constitucional possam corresponder à expectativa de seus destinatários.

2.1. Reconhecimento das uniões homoafetivas

Há algumas décadas, tramitam no Congresso Nacional propostas de regulamentação de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, mas a

¹² Barbosa, Leonardo Augusto de Andrade. História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós 1964. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. p. 368-370: "Em primeiro lugar, é importante registrar que a compreensão do problema da mudança constitucional requer, já há algum tempo, uma revisão significativa. Há uma grande diferença entre o que ocorria no constitucionalismo brasileiro até o início da década de 1990 e o que passa a ocorrer depois. A frustração das diversas tentativas de flexibilizar as regras de reforma constitucional somou-se ao incremento de poderes atribuídos à jurisdição constitucional exercida pelo STF. O papel da interpretação judicial na definição do sentido da Constituição ganhou, na última década e meia, uma importância antes inimaginável. Hoje é virtualmente impossível descrever a Constituição brasileira sem fazer um longo apanhado de decisões do STF. E, nesse contexto, o papel do Congresso também se alterou. Sua posição transita agora para um posto quase secundário. As grandes questões postas à Constituição brasileira no passado recente foram (ou estão para ser), quase sem exceção, definidas no âmbito do Poder Judiciário. Basta pensar em casos como a delimitação de reservas indígenas, o uso de células-tronco em pesquisa científica, a fidelidade partidária, o direito de greve do servidor público, a legalidade do aborto dos nascituros anencéfalos, a extensão da anistia política, a progressão de regime em condenações por crime hediondo, a vigência da Lei de Imprensa, e assim por diante [...] Seguindo essa tendência, o STF investe no desenvolvimento de novas técnicas de decisão e na manipulação dos efeitos dessas decisões. Hoje se fala em sentenças aditivas, em eficácia *pro futuro* e *ex nunc*, em interpretação conforme a Constituição, em transcendência dos fundamentos determinantes e, principalmente, em efeito vinculante. Há uma pretensão monopolizadora do sentido da Constituição em todo esse instrumental ou, pelo menos, no uso que ora se faz dela (BLAIR; PAIXÃO, 2008). E tais pretensões arriscam-se a fomentar um "novo fetichismo constitucional [...]". Admitir a relevância de tal ressignificação cotidiana da normatividade constitucional desperta de imediato o problema sobre como discernir mudanças que se ajusta à ordem constitucional daquelas que a violam. Se a Constituição é um processo e está em permanente mudança, como encontrar um critério 'meta-constitucional' que indique o que é permitido e o que não é?"

formulação de medidas legislativas destinadas a assegurar a grupos minoritários a fruição de direitos contra resistências significativas, que impedem, mesmo na atualidade, a edição de normas com este objetivo.

O Supremo Tribunal Federal chamado a analisar a redação do art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, para esclarecer sua extensão às uniões homoafetivas, respondeu aos questionamentos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da fundamentalidade material da posição jurídica demandada.

Como constou do RE 477.554:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição. Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo esterilizar direitos e franquias individuais.

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar resulta da invocação e ponderação dos valores e princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade, estando inserida, nesta leitura, também como uma necessidade de se garantir proteção à família, como determina o artigo 226¹³ da Constituição Federal.

¹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como enti-

O Supremo Tribunal Federal já havia afirmado em julgados precedentes essa diretriz¹⁴ com o reconhecimento de aplicação das mesmas regras da união estável heteroaferiva para regular união homoafetiva em decisões que conferiram primazia à dignidade da pessoa humana e que romperam paradigmas históricos, culturais e sociais removendo obstáculos que até então inviabilizavam proteção jurídica a este grupo de indivíduos.

Concluiu-se, pois, que toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, sendo certo, ainda, que a família homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexos distintos, em processo de afirmação e expansão dos direitos fundamentais.

2.2. Direito ao esquecimento

A modernidade apresenta-nos uma memória permanente e disponível como enciclopédia da vida, para o bem e para o mal. A nossa história pessoal, a privacidade e a intimidade são a todo tempo controladas pelos mais variados mecanismos tecnológicos.

Com maior incidência essa gama de informações desperta interesse coletivo quando alguém se envolve em acontecimentos públicos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema relativo ao “Direito ao Esquecimento”, encontra duas frentes preponderantes: 1) a primeira pela colisão entre o direito de liberdade de imprensa e expressão, o direito à informação e a preservação da intimidade e da imagem ou então, 2) por segundo, a invocação do direito ao esquecimento na esfera criminal.

A questão é tão delicada que o julgamento do RE 1.010.606 de relatoria do Min. Dias Toffoli deu ensejo, inclusive, à realização de uma audiência pública em 12/06/2017 e determinou a admissão do Tema

dade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁴ (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011e (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

786 de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa: “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.”

O caso em referência envolve ação de reparação de danos proposta pelos parentes de Aída Curi, uma jovem assassinada em 1958 no Rio de Janeiro. Os familiares da vítima sentiram-se lesados pela exploração da história por um programa policial de TV aberta, em 2004.

A discussão acontece, via de regra, na seara da relativização da necessidade de registros históricos e do direito da vítima e de sua família de não serem mais molestadas com a notícia de fatos e o conseqüente revolvimento de sentimentos mórbidos.

Debate-se se o desejo individual de não ser lembrado por fatos embaraçosos, desabonadores, constrangedores, desagradáveis pode limitar, restringir ou até mesmo eliminar o exercício de liberdades constitucionais como são as liberdades de expressão, de imprensa, o direito à informação e seus desdobramentos.

Sob a ótica suscitada na repercussão geral, a Suprema Corte ainda não analisou a questão. Porém, na esfera criminal¹⁵ o exercício da ponderação que o tema propõe, com a análise de preponderância entre a vedação da pena de caráter perpétuo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, foi objeto de enfrentamento como se pode verificar no acórdão abaixo ementado:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. **Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.** 5. **Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade.

¹⁵ HC 128080, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016.

7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015).

Outras decisões do Supremo Tribunal Federal, que bem sintetizam o seu entendimento acerca da leitura atual que faz acerca do direito à honra, intimidade, à imagem e a livre manifestação do pensamento, vem sintetizado nos seguintes excertos:

Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. **Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral.** Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. **Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem.** 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. (AO 1390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E

COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÔEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. **PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. [...].**

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, **em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.** A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. [...]

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009).

Como se pode notar, a tendência da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal vem-se consolidando no sentido de proteger o indivíduo e garantir-lhe o direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz.

Outrossim, “*the right to be let alone*”, como reconhecido o direito ao esquecimento pelo direito norte-americano, a despeito das muitas vozes a rejeitá-lo, tem encontrado respaldo tanto na seara civil quanto na penal, enquadrando-se como um direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.¹⁶

Como se pode constatar, embora pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal para repercussão geral, o tema tem ensejado a afirmação de Direitos Fundamentais pela análise de sua fundamentalidade material, com aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de valores, sempre à luz das realidades que contemporaneamente irão surgindo e se apresentando, decorrentes das dinâmicas sociais.

3. Conclusões

Constata-se, pois, que em cada momento histórico o valor da dignidade humana torna a ser revisitado à luz dos anseios da sociedade e da própria humanidade, de modo que os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são as pretensões e anseios das pessoas que estão em constante processo de evolução, crescimento e maturação.

Como se pode concluir com a análise das consideráveis evoluções jurisprudenciais advindas dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, constata-se que referida corte não é um Tribunal Comum. Ao contrário, como leciona mais uma vez o I. Ministro Luís Roberto Barroso¹⁷:

[...] Sobre o tema, escrevi eu próprio em outra oportunidade: “O Supremo Tribunal Federal não é um tribunal comum. É o guardião da Constituição. Suas decisões transcendem aos meros casos concretos que julgam, porque vão servir de paradigma

¹⁶ HC 133725, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 04/04/2016.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do poder judiciário e meios de comunicação). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 43, p. 52-64, 2003.

para juízes e tribunais de todo o País. Esta e outras circunstâncias fazem do Supremo um tribunal que desempenha relevante papel político. Mas é preciso bem qualificar isto: ele decide conflitos que têm implicações políticas, mas seus critérios e métodos não de ser jurídicos. A base de legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive quando invalida os atos dos outros dois Poderes, é, precisamente, a aplicação de princípios que não oscilam ao sabor das circunstâncias. Sem embargo, um juiz de um tribunal superior não pode ser indiferente às consequências práticas e simbólicas que sua posição possa acarretar. Dentro dos limites e possibilidades que o ordenamento jurídico oferece, um juiz com visão de estadista deve saber escolher a linha que melhor atenda aos valores e sentimentos que lhe cabe em última análise interpretar.”

Pontuais, também, as observações sobre o tema, de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸, no sentido de que a hermenêutica constitucional se presta, como já restou asseverado nos tópicos acima, a identificar e resolver, inclusive mediante o uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade, as colisões entre direitos e bens jurídicos constitucionalmente assegurados e explica, ao analisar a fundamentação da ADIn MC 939, na qual localizou referência ao critério histórico dos direitos fundamentais e a importância da sua anterioridade, concluindo:

[...] o STF é sensível à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo e específico, a partir do exame da existência de um especial vínculo do bem jurídico protegido com alguns dos valores essenciais ao resguardo da dignidade humana enumerados no *caput* do art. 5º, da Carta (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade). E, para tal pesquisa, considerações de ordem histórica desempenham papel não negligenciável.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 118.

Destarte, na era do pós-positivismo atualmente vivenciada, não há como se negar que os princípios se tornaram valores fundamentais e fundantes do próprio sistema, que têm o especial papel de promover a síntese de questões que podem ou não estar positivadas e que defletem dos comportamentos humanos necessários a um convívio social harmônico pautado inegavelmente, também, pela moral jurídica e ética.

Essa atuação dogmática é gradativamente construída pelos Tribunais do país e, em especial, pelo E. Supremo Tribunal Federal, de modo que também acompanha e reflete a história e a evolução dos mais variados ramos do Direito.

Nesse sentido, afirma J. J. Gomes Canotilho¹⁹:

O direito constitucional não se esgota na positividade das normas da constituição; deve ser um direito justo. A função de “reserva de justiça” do direito constitucional, se fornece o impulso para uma vigilância crítica relativamente aos conteúdos do direito “posto” e “imposto”, também é um limite para quaisquer transcendências (“fundamentos últimos”, “essências”, “naturezas”) clara ou encapuçadamente conducentes a fundamentalismos ideológicos, filosóficos ou religiosos.

É desafio permanente do Poder Judiciário interpretar a Constituição Federal e os princípios que a informam para descobrir riqueza imensurável de direitos fundamentais passíveis de lapidação.

Certamente, o hermeneuta constitucional será questionado e chamado a se manifestar sobre novas colisões possíveis entre os tantos direitos relacionados à personalidade e os direitos à privacidade e à intimidade.

Resta-nos, pois, não nos esquecermos das conquistas jurídicas preteritas e que certamente consistirão na base para a solução dos novos desafios que vão surgir e deverão ser enfrentados à luz da revisitação constitucional dos direitos e garantias fundamentais já alcançados. Não há ponto de apoio fora da história e, por isso, a segurança jurídica da qual carece a vedação do retrocesso assenta-se na instrumentalização do direito constitucional e no seu manejo mediante o uso dos princípios.

Não há mais como se negar que conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade sofrem variação ao longo do tempo e produzem consequências jurídicas.²⁰

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 3.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais*

Estamos diante, pois, de um novo conceito de interpretação jurídica diverso da dogmática tradicional e que, à toda evidência, substitui a lógica formal pela lógica do razoável, com a aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação

O advento de uma cultura jurídica pós-positivista, como resultado da efetiva mudança de paradigmas que abalaram a interpretação constitucional, deixa claro que “[...] o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela”.²¹

Descortina-se, pois, perante os nossos olhos, um prognóstico de desafio permanente ao Poder Judiciário para os próximos anos de vigência da nossa ainda jovem Constituição, consistente na ampliação do rol dos Direitos Fundamentais para reafirmação do compromisso do Estado Brasileiro com os princípios descritos no art. 1º da Carta Magna.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 174-175. O autor explica que: “A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que o primeiro quarto de século sofreu o instituto do *habeas corpus*, que se transmutou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos. A posição jurídica da concubina sofreu igualmente, transformação importante ao longo do tempo, inclusive com a reformulação conceitual para distinguir concubinato de companheirismo. Superados os preconceitos, passou da negativa radial ao reconhecimento de direitos previdenciários e patrimoniais. Processos semelhantes ocorreram no tocante à responsabilidade civil, à igualdade entre os filhos e às relações entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos foram editadas leis formais para ratificar as mutações.”

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 351.

BARROSO, Luís Roberto. A liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p. 3150, abr./jun. 2001.

_____. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e meios de comunicação). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 43, p. 52-64, 2003.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BENTIVOGLIO, Júlio César. Os pontos cegos da história: a produção e o direito ao esquecimento no Brasil – breves notas para uma discussão. *OPIS*, Catalão, v. 14, n. 2, p. 378-395, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/30129#.W4ScGehKg2w>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

_____.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). Direitos fundamentais sociais. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 268-283.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15533-15534-1-PB.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: FABRIS, 1991. p. 24.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 1, n. 14, p. 372, jul. 2000.

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

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy*. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/513>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “Navalha de Ockham”: uma “proibição de insuficiência” com controle de proporcionalidade das omissões? In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 317-334.

_____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Gustavo Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino do. Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista de Direito Público*, Brasília, DF, n. 6, out./nov./dez. 2004.