

# FUNDAMENTAÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM ESTUDO DE CASO

## REASONING, JUDICIAL REVIEW AND FUNDAMENTAL RIGHTS – A CASE STUDY

Mônia Clarissa Hennig Leal\*  
Iuri Bolesina\*\*

*You know what it feels like when all your teeth are falling out really slowly and you don't realize and then you notice that, well, they're really far apart. And then one day... you don't have any teeth anymore (Where the Wild Things are).*

**Resumo:** Este artigo avalia criticamente a (falta de) fundamentação jurisdicional lançada em sentenças/acórdãos que *resolvem* a colisão de direitos fundamentais (com ênfase nas relações privadas). Assim, com o auxílio de um estudo de caso, a partir da análise do processo n. 009/1.09.0000600-0 (apelação 70037294931 TJRS), da Comarca de Carazinho, RS, realiza-se uma crítica jurídica que inicialmente trata da colisão de direitos fundamentais nas relações privadas. Ato contínuo passa pela análise detida do processo judicial indicado. Ao fim, avalia a importância da (adequada) fundamentação judicial em sentenças/acórdãos, destacando-se o estudo de caso proposto. No fechamento, conclui-se pela sublinhada importância que a adequada fundamentação judicial (ampla e exaustiva) possui

(não somente) nos casos de colisão de direitos fundamentais (mas especialmente nestes, em virtude da complexidade e abertura normativa que os caracterizam). A ausência de adequada interpretação e fundamentação pode representar um retrocesso perigoso aos direitos fundamentais e ao exercício jurisdicional. Esse perigo pode conduzir, portanto, a um “ativismo judicial”, identificado, aqui, com um certo autoritarismo judicial. Vale menção, por fim, que a investida acadêmica foi realizada com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, pretendendo-se unir a realidade histórica à digressão doutrinária jurídica.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Fundamentação adequada. Direitos fundamentais. Relações privadas. Ativismo judicial.

\* Pós-doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha; Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com pesquisa realizada no Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha; Professora do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente; Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” vinculado ao CNPq; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq; Coordenadora adjunta do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS; moniah@unisc.br

\*\* Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional; Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional: instrumentos teóricos e práticos coordenados pela Professora Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal; iuribolesina@gmail.com

**Abstract:** The article carries a criticism that initially treats about legal collision of fundamental rights in private relations, immediately passing through careful analysis of the legal proceedings and indicating, at the end, the importance of (adequate) reasoning in judicial rulings/judgments, giving featured to the case study proposed. At the end, concludes underlining the importance that appropriate judicial reasoning (extensive and exhaustive) has (not only) in case of collision of the fundamental rights (but especially in them, given their complexity and interpretative possibilities),

and that its absence could be a dangerous setback to fundamental rights and to the exercise of jurisdiction in seat of Judicial Review, conducting, eventually, to the referred “judicial activism”, here understood as judicial authoritarianism. It is worth mentioning, finally, that the academic investee will be held with the aid of the deductive method and the historical-critical procedure, intending to join historical reality and doctrinal studies.

**Keywords:** Judicial Review. Appropriate reasoning. Fundamental rights. Private relations. Judicial activism.

## Introdução

É preciso reconhecer que o cotidiano comumente apresenta “casos difíceis”, aqueles em que, direta ou indiretamente, é notável a colisão de direitos fundamentais. Nessa mesma via, as relações particulares/privadas estão cada vez mais complexas e conflituosas, afastando-se (pelo menos em parte), do controle objetivo das *regras* jurídicas e demandando análise a partir dos direitos fundamentais. De outro lado, o constitucionalismo contemporâneo trouxe consigo o alargamento do espaço de atuação do Poder Judiciário, fazendo com que juízes e tribunais pudessem, notadamente no exercício da jurisdição constitucional, apreciar e solucionar situações que o ordenamento jurídico não alcançava por meio das regras (*hard cases*). Tal cenário, contudo, não significou (nem significa) autorização para que, nesses casos, floresçam discricionariedades judiciais.

Surge, a partir disso, (mais) uma preocupação com a concretização da fundamentação adequada das decisões, que nada mais é do que aquela mais alinhada com a Constituição e a mais exaustiva possível em termos de argumentos. Em outras palavras, importa, mais do que nunca, que a jurisdição, quando diante de uma colisão de direitos fundamentais, esteja atenta e comprometida com a interpretação e com a argumentação fiel à Constituição.

E qual a grande questão do estudo ventilado? É exatamente como a discricionariedade judicial pode matar as “boas decisões”, aquela que não necessariamente é a correta, mas é a que tenta verdadeiramente sê-la, e aonde isso pode chegar se não se obtiver uma (contra) resposta tempestiva? Assim é que, com o auxílio da ideia de resposta correta de Dworkin, não são somente “com ela”, mas na verdade “a partir dela”, que se pretende traçar um caminho mínimo para se estruturar a “boa decisão” (a resposta correta de Dworkin será mais uma referência privilegiada e menos uma matriz teórica). De introito é preciso entender que a “resposta correta” será uma “boa decisão”, porém, uma “boa decisão” não necessariamente será a “resposta correta” (porém, tampouco será uma resposta incorreta, pois para ser uma “boa resposta” deve conjugar aspectos formais e materiais), mas certamente não será uma “má decisão”.

Nesse âmbito, pretende-se, a partir das premissas expostas, abordar a teoria geral dos direitos fundamentais, enfatizando as questões como “casos fáceis” e “casos

difíceis”, ponderação, a ausência de precedência absoluta entre os direitos fundamentais e a sua limitabilidade. Após, busca-se descrever um caso real que servirá como base para a crítica que se pretende construir. Por fim, intenta-se, a partir das premissas da primeira parte do texto e do estudo de caso proposto, realizar uma crítica sobre o prejuízo que a interpretação inadequada e a falta de fundamentação nas decisões judiciais podem trazer para o direito na solução adequada de acordo com a Constituição Federal.

## 1 Relações privadas e a colisão de direitos fundamentais: um pano de fundo para o estudo de caso proposto

Atualmente, há certo consenso quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares (REIS, 2007, p. 2033-2064) (popularmente conhecida como aplicação horizontal)<sup>1</sup>, sendo cada vez mais raras as posições que defendem o contrário (a inaplicabilidade). A celeuma mais recente ocorre na forma em que pode acontecer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (UBILLOS, 2008, p. 236). Nesse âmbito, pelo menos, quatro vertentes de maior expressão são reconhecidas – o que não significa que não existam outras (mas que não serão aqui tratadas) – são elas: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata, a doutrina da eficácia atenuada e a *state action*.

No Brasil, a discussão foi amenizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, no ano de 2005, no qual assentou o entendimento de que a teoria acolhida contemporaneamente pelo ordenamento brasileiro é a da eficácia imediata. A proposta da teoria da eficácia imediata é de que os direitos fundamentais devem operar seus efeitos diretamente sobre as relações particulares, sem a necessidade da intervenção legislativa autorizadora (UBILLOS, 2008, p. 231), com ressalvas aos casos em que o destinatário do direito subjetivo estampado na norma seja o poder público (SARLET, 2000, p. 148). Por assim dizer, reconhece que os direitos fundamentais são direitos subjetivos e objetivos qualificados de aplicação imediata (e simultânea) perante o Estado e a sociedade, além de contarem com o papel de supridores das lacunas do sistema jurídico que desde sempre desempenharam. As críticas tecidas se mostram, quase que por completo, no campo da incerteza jurídica que se estaria criando ao adotar tal teoria, considerando que o magistrado se tornaria o senhor dos direitos fundamentais ao realizar a sua interpretação, uma vez que a decisão poderia variar de caso para caso e de juiz para juiz, diante do conceito “aberto” dos direitos fundamentais. Os críticos sustentam, em outros termos, que tal teoria acabaria com a previsibilidade e com a segurança jurídica (TIMM, 2008, p. 43). De qualquer forma, pode-se resumir esta teoria, no seu âmbito de eficácia nas relações

<sup>1</sup> “[...] a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor do poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia diante de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade [...] optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título de ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares’ ou mesmo ‘vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais, por traduzir de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.” (SARLET, 2000, p. 114).

privadas, da seguinte forma: os direitos fundamentais (observadas suas dimensões subjetiva e objetiva) vinculam os particulares, de modo direto, sem a necessária intervenção legislativa infraconstitucional ou comprovação de lesão a direitos.

Diante disso, a colisão de direitos fundamentais entre os particulares é inevitável (já que será natural a existência de interesses em conflito protegidos por normas jusfundamentais) e, anexa a tal situação, a entrada de conflitos não quantificáveis “de plano” para a apreciação do Poder Judiciário é consequência lógica que, nessas hipóteses, merece uma análise diferenciada. Isso porque, diferentemente do conflito entre regras, em que, em tese, tem-se uma antinomia que se resolve sobre a lógica do tudo ou nada (uma regra anula outra) (DWORKIN, 2010, p. 39); a “resposta” é entregue antecipadamente pelo legislador, a colisão de direitos fundamentais se resolve a partir da lógica da proporcionalidade<sup>2</sup> entre os direitos fundamentais em choque (um cede em determinada situação real, mas não é anulado) (LEAL, 2003, p. 81). A razão disso reside no fato de que as normas jusfundamentais isoladamente são plenas, fazendo com que, a princípio (*prima facie*), devam ser concretizadas imediatamente (STEINMETZ, 2004, p. 220). Porém, quando diante de outro direito fundamental (que, além de ter mesma hierarquia e força, é igualmente pleno, com todos são *prima facie* (STEINMETZ, 2001, p. 69), serão confrontadas e poderão, dependendo do caso concreto, ceder. Em outros termos, ao mesmo tempo que são vistos como mandados de otimização (o máximo de), e, assim, devem ser concretizados no máximo possível e acima de outros direitos “ordinários” (infraconstitucionais ou não fundamentais), igualmente não são absolutos e não possuem, um sobre o outro, uma precedência absoluta (preferência de um sobre o outro em qualquer situação abstrata) (ALEXY, 2008, p. 93).

E a seara dos exemplos é infinita. A título de demonstração, no cenário brasileiro, o direito fundamental à vida – tão peremptório para o exercício de outros direitos – não é absoluto, apesar de ser extremamente forte em relação aos demais (ALEXY, 2008, p. 111). Mesmo ele em casos de violação a outros direitos fundamentais ou a ele mesmo (como na guerra, no aborto, na legítima defesa, no estado de necessidade), deverá ceder, mas permanecerá válido e eficaz na ordem jurídica. Outros exemplos corriqueiros são a liberdade de imprensa diante da intimidade; o devido processo legal em face da ampla defesa e do contraditório (provas ilícitas em favor do réu); liberdade de crença e integridade moral.

A colisão e a ausência de precedência absoluta de um direito fundamental sobre o outro edifica um “caso difícil” (*hard case*) (DWORKIN, 2010, p. 127-128) e conduz à situação de que, quando em conflito, não se contará com uma resposta predefinida, devendo ocorrer a ponderação dos direitos fundamentais em embate em face dos elementos do caso real, para somente depois advir a decisão. Decide-se, assim, uma precedência condicionada (naquele caso concreto). No espaço de atuação do Poder Judiciário, ao avaliar qual o direito deve prevalecer no caso real, deverá o julgador ao ponderar (com base e a partir da Constituição), demonstrar os argumentos (válidos – de acordo com a

<sup>2</sup> Não necessariamente ou exclusivamente vinculada à lógica analítica de Alexy (2008), mas se pensando em equilíbrio entre os direitos dentro do sistema jurídico.

Constituição Federal) que utilizou para decidir a prevalência de um e não de outro direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 102), sendo cauteloso, inclusive, que vá além de dizer “o” direito que prevalece, dizendo também por que o outro direito “não” prevalece. Os argumentos utilizados, por certo, não podem ser aleatórios e/ou discricionários, pois deverão guardar relação ao caso concreto e à ordem jurídica.

Tais situações podem engendrar o errôneo entendimento de que não há “uma” resposta certa, dado que, na mesma situação, julgadores diferentes, mas igualmente íntegros (por não serem e/ou não seguirem o perfil do Juiz Hércules)<sup>3</sup>, podem decidir distintamente, desde que utilizem argumentos constitucionalmente válidos<sup>4</sup> e que guardem relação com o caso real (boas respostas).<sup>5</sup> Tal entendimento, contudo, será adiante observado como falacioso, máxime porque existirá uma resposta correta (mais/melhor adequada à Constituição); o que não existirá é a certeza de tê-la encontrado.

A decisão judicial de um “caso difícil” ocorrerá sobre um caso real. O caso real vem estampado em um cenário, e este conjuga no mínimo três elementos: direitos fundamentais em colisão; fatos que engendram argumentos jurídicos para ambos os direitos em colisão; e ausência de uma precedência absoluta de um direito sobre o outro (ALEXY, 2008, p. 97-102). Para exemplificar, pegue-se a situação apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC (caso Farra do Boi), em 1997. Desde logo, observa-se que, não obstante entendimentos ao contrário, no sentido de que não há, nesse caso, uma colisão de direitos fundamentais (STEINMETZ, 2009, p. 260-273),<sup>6</sup> entende-se que havia na época em que foi intentada à ação judicial (1991) uma questão de relativismo cultural,<sup>7</sup> em nível local e em face da Constituição – relativismo

<sup>3</sup> “[...] O juiz Hércules [...] Hércules é um juiz filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver os casos difíceis por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso: ‘Ao decidir um caso difícil Hércules sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.’” (PEDRON, 2009).

<sup>4</sup> Deve-se recordar, contudo, a partir de Dworkin (2001, p. 177-216), a ideia de “resposta correta”, no sentido de que, mesmo nos casos difíceis, pode-se alcançar uma resposta “mais” adequada juridicamente, a qual será a “mais” (ou simplesmente (a) correta. No universo de possibilidades de resposta, os princípios dominantes de determinada comunidade conduzem, não de forma matemática, mas sim interpretativa, a decisão acertada, excluindo, portando, as demais “menos” corretas.

<sup>5</sup> Uma “boa resposta” é aquela que tentou ser a única correta (MOTTA, 2010, p. 87).

<sup>6</sup> “O caso da Farra do Boi, julgado pelo STF, não é uma colisão de direitos ou princípios – direito de manifestação cultural *versus* direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. A colisão é aparente. Não há ponderação a ser feita ou exame de proporcionalidade a ser realizado. A Farra do Boi, e isso é público e notório, implica crueldade ou maus-tratos a animais (bovinos). A CB prescreve um mandamento definitivo de proibição de práticas cruéis contra animais. Esse mandamento exclui de plano um suposto direito de manifestação cultural dos farristas. Poderia se cogitar em colisão se se afastasse, de plano, a aplicação da normaregra que proíbe práticas cruéis contra animais sob o argumento da eficácia reduzida. Então o caso poderia ser enfrentado como uma colisão real entre o princípio da proteção da fauna (CB, art. 225, § 1º, VII, primeira parte) – ou proteção do ambiente (CB, art. 225, *caput*) – e o princípio da proteção das manifestações culturais populares (CB, art. 215, § 1º). A solução deveria ser o resultado de uma ponderação.” (STEINMETZ, 2009, p. 272).

<sup>7</sup> Defende-se que na época a questão envolvia o relativismo cultural entre a cultura açoriana e a tônica protetiva trazida pela Constituição Federal de 1988, em especial porque o costume era pela Farra do Boi e a interpretação da “nova” Constituição dependia do “bom senso” dos envolvidos, notadamente porque não se tinha até aquele momento qualquer regramento específico e/ou decisão judicial proibitiva da festa (por parte do STF). Ao lado disso é preciso lembrar a recente idade que a Constituição possuía naquele período. As novas gerações de Santa Catarina, nascidas depois da decisão em comento, já a possuíam como paradigma legal e comportamental, o que seus ancestrais “não possuíam”.

que contemporaneamente foi solapado –, envolvido diante da cultura açoriana bastante expressiva na região (atualmente inclusive, mas muito mais arraigada à Farra do Boi na época) a qual, ainda hoje, dá sobrevida aos conteúdos que circulam à Farra do Boi, pois permanecem acontecendo independentemente da decisão (PM..., 2013).

Discutia-se, na oportunidade (em uma ação civil pública),<sup>8</sup> acerca da proibição total da festa da Farra do Boi no Estado de Santa Catarina em decorrência dos atos de barbárie cometidos contra os animais.<sup>9</sup> Alegou-se, de um lado, que a prática era cruel, torturante e violava o direito fundamental ao meio ambiente sadio, à fauna e à flora equilibradas, além de causar maus-tratos aos animais (art. 225, CF/88);<sup>10</sup> de outro lado, disse-se que se tratava de uma manifestação cultural – portanto, constitucionalmente protegida pelo direito fundamental à livre manifestação cultural (art. 215, CF/88)<sup>11</sup> –, que existia há longa data sem qualquer prejuízo social, pois era realizada de modo razoável, esporádico e sem abusos.

Em resumo, é possível verificar a existência da colisão de, no mínimo, dois direitos fundamentais, os quais, em princípio, não possuem precedência absoluta de um sobre o outro, e geram argumentos jurídicos para ambos os lados.<sup>12</sup> Ao final do processo, o Supremo Tribunal Federal, na segunda turma, por maioria de três votos contra um, acolhendo os argumentos em favor do meio ambiente, decidiu proibir completamente a “Farra do Boi” em Santa Catarina, criando, nesse caso real, uma precedência condicionada (havendo “Farra do Boi”, no Estado de Santa Catarina, o direito fundamental ao meio ambiente é superior ao direito fundamental à livre manifestação cultural).

A questão é: E se o Supremo Tribunal Federal tivesse decidido a favor do direito fundamental à livre manifestação cultural? Existiam argumentos constitucionais que abraçariam a decisão caso caminhasse em sentido inverso do que foi decidido? Em termos constitucionais não (STEINMETZ, 2009, p. 272), mas em assim ocorrendo, de uma forma ou de outra, ocorreria a diminuição (mas não a exclusão (GORCZEWSKI; BOTE-LHO; LEAL, 2007, p. 218-219)) de um direito fundamental diante do outro e vice-versa. Hipoteticamente, dentro da lógica de proporcionalidade proposta por Alexy (2008, p.

<sup>8</sup> Para um relato completo se indica Mafalda (2007).

<sup>9</sup> Esclarece-se que, como tradição cultural de Santa Catarina (e outros Estados), realiza-se a festa da “Farra do Boi”, a qual consiste em soltar um touro (pelas ruas ou ambientes próprios) que será perseguido pelos “farristas” (homens, mulheres e crianças), que carregam pedaços de pau, facas, lanças, cordas, chicotes e pedras, com fito a “acertá-lo” para que fuja em direção ao mar e acabe se afogando.

<sup>10</sup> Art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

<sup>11</sup> Art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

<sup>12</sup> Do lado da livre manifestação cultural: a prática é cultural e de anos; trata-se de tradição da região que os identifica culturalmente; acontece uma vez por ano; não há excessos (tortura); a festa é realizada sob autorização e vigilância do Estado; trata-se da cultura de toda a população local ordinária; a ideia de cultura se vincula à tradição; eventuais abusos são tópicos e apenas físicos; as violências não são “da” Farra do Boi, mas de eventuais contraventores. Do lado do meio ambiente: há práticas similares em outros Estados que ocorrem com “animais” de papel, madeira ou pano; a prática atenta contra a moral; há repercussão negativa no Brasil e no exterior; ocorre tortura com os animais, gerando abusos físicos e mentais; o poder público está “atento”, mas nada faz; não é a cultura de toda a população local; a ideia de cultura deve estar ligada à dignidade; a festa anualmente ficou mais violenta; a festa conduz às contravenções.

116-120), uma alternativa viável seria a proibição da “Farra do Boi” com animais (vivos ou mortos), ou seja, utilizando-se fantoches de matérias-primas como papel, madeira, tecidos ou metal. Tal atitude preservaria a (pelo menos boa parte) cultura e os interesses do meio ambiente (isso sem invadir argumentos mais críticos que a partir disso apareceriam como o fato de que ainda assim a festa seria violenta e instigaria atos de crueldade com animais ou que o uso desses artifícios descaracterizaria a festa).

Infelizmente, os magistrados e tribunais não possuem tempo, estrutura e sabedoria suficiente para, facilmente, resolver um caso difícil esgotando todas as possibilidades e alcançando a “resposta certa” (Juiz Hércules), fato que pode afetar criticamente o julgamento, limitando as decisões lançadas. Isso não significa, todavia, que possa ser discricionário (escolhendo e não decidindo)<sup>13</sup> na solução. Quer-se dizer com isso, que a decisão que julga uma colisão expressa ou não de direitos fundamentais, além de observar o cenário e ser argumentativamente afinada com a Constituição Federal, deve(rá), ainda: contar com fundamentação exaustiva para ambos os lados (extirpando-se em definitivo as formas horrendas do “sim, porque sim” e “não, porque não”, que muitas vezes aparecem em afirmações do tipo “[...] ao decidir, o juiz não é obrigado a encarar todas as razões apresentadas pelas partes” (BRASIL, 2005); proporcional (visando ao menor dano aos direitos envolvidos); e não poderá distorcer o caso concreto com razões advindas da discricionariedade ou aleatoriedade de quem julga.

Em apertada síntese, uma decisão (e não uma escolha) acerca da colisão de direitos fundamentais ganhará real legitimidade se contar com interpretação e argumentação constitucional que justifique exaustivamente porque e em que medida acolhe e porque e em que medida afasta um direito fundamental. Tal ato de decidir, especificamente (a ponderação), carece ser harmônico e fiel com a unidade do sistema constitucional formal e materialmente (a “boa decisão”), pois, ao revés, uma vez sendo arbitrário, aleatório ou míope, estar-se-á, efetivamente, cometendo-se uma injustiça não apenas para a parte lesada, mas para todo o ordenamento, advinda da análise sentencial inadequada.

## 2 Análise crítica e jurídica sobre o processo n. 009/1.09.0000600-0

Entre os anos de 2009 e 2011 tramitou na Comarca de Carazinho, RS o processo 009/1.09.0000600-0,<sup>14</sup> já transitado em julgado, no qual os pedidos da parte autora foram julgados procedentes em primeiro grau e improcedentes em segundo grau. Para melhor explicação, realiza-se uma digressão cronológica da movimentação processual aliada ao paralelo com os documentos presentes nos autos.

<sup>13</sup> “[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada [...] a escolha é sempre parcial. Há o direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade* [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa, no caso a Constituição.” (STRECK, 2010, p. 105).

<sup>14</sup> Ação Indenizatória (procedimento comum ordinário) n. 009/1.09.0000600-0 (RS). Data de autuação: 28 de janeiro de 2009. Juíza de 1º grau: Ana Paula Caimi, da 3ª Vara Cível da Comarca de Carazinho, RS. Número em segundo grau: 70037294931, Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Trânsito julgado em 01 de julho de 2011.

## 2.1 Dos fatos

O polo ativo da demanda é composto pelos sucessores (filhos e esposa) de Ricardo Dias de Oliveira, os quais postulam indenização moral, perante o réu Celso Martins da Silveira Júnior, jornalista no Estado de Santa Catarina, em virtude dos abalos morais sofridos com a visualização de imagens do genitor/esposo morto, publicadas no *blog* do requerido.

Narra à peça exordial (TJRS, Ap. 70037294931, p. 2-13) que no dia 23 de novembro de 2008 o genitor/esposo dos autores, em viagem que realizava a trabalho, foi vítima fatal de um deslizamento de terra, decorrente das fortes intempéries que açoiavam o Estado de Santa Catarina naquele ano, deslizamento que atirou para fora da pista e soterrou o *de cujus* com seu veículo.<sup>15</sup> O corpo do vitimado, contudo, somente foi localizado no dia 25 de novembro de 2008 (dois dias após o acidente), depois de buscas e ações do corpo de bombeiros. Afirmou a peça inicial que nestes dois dias a família se viu angustiada por não receber notícias do parente, até que, finalmente, foi informada pelas autoridades públicas do óbito do familiar. Ato contínuo, realizou-se o velório do genitor/esposo, utilizando-se de caixão lacrado, dada as condições físicas da vítima.

Dias depois, o filho mais velho (oito anos à época), enquanto navegava na internet, buscando informações de seu pai, encontrou o *blog* mantido pelo réu, no qual se informava a ocorrência de um acidente envolvendo um caminhão soterrado no Estado de Santa Catarina. Ao acessar o *blog*, o autor primogênito se deparou com escritos e fotos do acidente e do resgate deste acidente que, para a sua surpresa, eram de seu genitor. Tal certeza sobreveio das imagens que mostravam a placa do caminhão tombado e, em duas imagens especificamente, o corpo machucado, sujo e parcialmente mutilado, bem como a lateral do rosto da vítima (que, apesar do ângulo da foto, era facilmente reconhecível por pessoas íntimas da vítima). Diante de tal situação, o filho chamou as demais autoras, sua irmã (três anos à época) e sua mãe, as quais viram e confirmaram a identidade do ente.

A partir dessa situação, asseveraram os autores que a dor e o sofrimento que os assolaram foi inenarrável, pois não bastasse o luto que vivenciavam, foram inundados por sentimentos negativos e dolorosos advindos da visão das imagens publicadas no *blog* do réu. Nessa miscelânea de sentimentos, aduziram que o requerido atuou de forma sensacionalista, olvidando preceitos éticos da profissão jornalística, notadamente por publicar as lastimáveis imagens e, pior, sem qualquer autorização dos sucessores.

Ao final, apesar de não terem indicado dispositivo legal algum, desenvolveram fundamentação jurídica embasada na violação à dignidade da pessoa humana e no direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal,<sup>16</sup> defendendo que não somente a imagem, a intimidade, a vida privada e a honra do seu familiar falecido

<sup>15</sup> A *causa mortis* apontada na certidão de óbito foi politraumatismo, vítima de soterramento e desmoronamento.

<sup>16</sup> Art. 5º X: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

foram violadas, mas também de toda a família (coletivamente pensada) e de cada um dos autores individualmente. Postularam, assim, em antecipação de tutela, a retirada das imagens do genitor/esposo do *blog* do réu e, no mérito, a condenação do requerido ao pagamento de danos morais em favor dos autores.

## 2.2 Da contestação

O réu foi considerado revel, pois apresentou defesa intempestivamente (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 167-168). Não obstante, sua manifestação permaneceu entranhada nos autos. A contestação apresentada (RIO GRANDE DO SUL, 2011 p. 61-73), no mérito,<sup>17</sup> sustentou que efetivamente o réu era jornalista e mantinha um *blog* informativo, visando noticiar o cotidiano do Estado de Santa Catarina sobre fatos de interesse da comunidade, não sendo, portanto, sensacionalista. Uma das notícias pertinentes para o fim que se destinava o *blog* era exatamente os alertas sobre os perigos apresentados pelas condições climáticas desfavoráveis do período e sobre os acidentes que vinham ocorrendo corriqueiramente em razão disso.

Quanto à informação da morte do familiar dos autores e das imagens postadas, defendeu que somente realizou a publicação dessa forma para informar os interessados, já que as tragédias em razão dos comportamentos da natureza já passavam a casa dos milhares, bem como para relatar os resgates que estavam ocorrendo, muitos sob a pecha de serem lerdos demais. Ainda, aduziu que havia uma comoção geral sobre a possibilidade de sobreviventes, de modo que, para os familiares, era melhor ter alguma notícia (ainda que nefasta) do que nenhuma.

Juridicamente, argumentou com base nos direitos fundamentais previstos no inciso XIV,<sup>18</sup> do art. 5º, e no art. 220,<sup>19</sup> ambos da Constituição Federal, defendendo o seu direito de informar e a sua liberdade de imprensa. Ao fim, pugnou pela total improcedência dos pedidos iniciais.

## 2.3 Das provas produzidas

As provas produzidas foram exclusivamente documentais. Os autores, além da documentação de praxe visando demonstrar o vínculo familiar e a perda (certidões de casamento, nascimentos e óbito), acrescentaram laudos médicos e receituários que comprovaram o tratamento psicológico realizado pela família contra a depressão (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 20-22). Ao lado disso, apresentaram a postagem objeto de litígio, revelando a notícia<sup>20</sup> que se limitava a referir sobre a localização de um cadáver, sem indicar

<sup>17</sup> As preliminares não serão analisadas em nenhum momento deste estudo por não serem pertinentes ao que se propõe.

<sup>18</sup> Art. 5º XIV: “[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

<sup>19</sup> Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

<sup>20</sup> A notícia na íntegra dizia: “Achado corpo na barreira da SC 401. Localizado por volta das 14 horas pelo corpo de bombeiros. Não há confirmação de quem seja o motorista desaparecido. O Instituto Médico Legal/IGP deve divulgar mais

nomes ou fazer valorações, e as imagens publicadas. Ao todo foram 15 imagens, porém, em somente duas era possível visualizar o familiar dos autores. Nestas é manifesto o estado deplorável do vitimado sendo possível, para pessoas do círculo de vida privada do *de cuius*, o reconhecimento da identidade do acidentado. Por fim, trouxeram aos autos notícias de jornais diversos, almejando evidenciar que a publicação do réu foi sensacionalista, considerando que os demais meios de comunicação se limitavam a publicar a narrativa do acidente (agora já com a identificação da identidade) e uma foto da vítima tirada em momento descontraído enquanto vivo (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 42-46).

A defesa, por seu turno, anexou à contestação documentos que comprovaram a profissão e o prestígio de jornalista do réu na sua comunidade (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 77-78). Visando corroborar suas alegações quanto ao conteúdo informativo das postagens, apresentou diversas notícias de seu *blog* que acompanhavam o dia a dia no Estado de Santa Catarina diante das catástrofes climáticas, as quais efetivamente noticiavam fatos verídicos. Por fim, anexou documentos de outros *sites* com duplo interesse: a um, justificar que muitas das postagens que realizava eram somente referências a jornais de grande circulação ou outros *sites*; a dois, indicar que muitos destes jornais e *sites* realizam publicações notadamente mais severas (em termos de imagens chocantes) em relação à publicação que gerou a demanda (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 79-142).

## 2.4 Da manifestação ministerial

Apesar dos efeitos meramente patrimoniais envolvidos no caso concreto, a presença de crianças no polo ativo atraiu o interesse de agir do Ministério Público. Em face de tal peculiaridade, o órgão ministerial exarou seu parecer se posicionando pela improcedência dos pedidos exordiais (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 157-165). Quanto ao mérito do debate, afirmou, em resumo, que havia no caso concreto uma colisão de direitos fundamentais, de um lado o inciso X, e de outro o inciso XIV, do art. 5º e o art. 220, todos da Constituição Federal; dessa situação deveriam prevalecer os direitos fundamentais à liberdade de imprensa e de informação, isso porque, segundo a posição ministerial: ambos os direitos fundamentais foram exercidos de forma regular (sem abusos), pois o réu se limitou a informar o evento, não emitindo quaisquer opiniões ou juízos de valores; o réu não buscou ofender direitos de terceiros, tampouco vilipendiar a honra e a imagem do vitimado; as imagens foram fotografadas em espaço público e não privado; não se verificou qualquer caráter econômico ou mirando prestígio profissional por parte da conduta do réu; há um direito coletivo à informação envolvido na situação; e diante do conteúdo das imagens, somente pessoas íntimas da vítima o reconheceriam nas fotos. Quanto a esse último item, destaca-se que o órgão ministerial reconhece a possibilidade de que “[...] poderia até uma ou outra fotografia ter fugido do bom senso,

---

informações até o final da tarde.” (lauda 27).

e não ser veiculada.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 163), mas nada que tenha considerado suficiente para conduzir a procedência da demanda.

## 2.5 Da sentença

A sentença de primeiro grau, no mérito, iniciou a fundamentação identificando a colisão de direitos fundamentais existentes. Todavia, nesse momento, indicou como em choque: de um lado o inciso X, e de outro os incisos IX<sup>21</sup> e XIV, do art. 5º, e o art. 220, da Constituição brasileira vigente. Ato contínuo, a análise pairou sobre a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, concluindo-se que, em determinadas situações, em especial quando em face de outro direito fundamental e diante do caso concreto, poderiam os direitos fundamentais ser restringidos, desde que não se viole o seu núcleo essencial e que a restrição ocorra dentro da (do princípio da) proporcionalidade.

A partir disso, o questionamento do juízo que conduziu a sua fundamentação é: o réu exerceu seus direitos fundamentais de forma razoável? A resposta foi negativa. Com base nos argumentos emanados pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 511.961 (igualmente embasado na ADPF n. 130), o juízo interpretou e argumentou que o direito à liberdade de informação e o à liberdade de imprensa não são absolutos, cedendo em casos excepcionais, mormente quando violar em outros direitos fundamentais igualmente relevantes, como a honra, a imagem, a privacidade e a personalidade em geral. A julgadora lembrou, ademais, que o parágrafo 1º, do art. 220, da Constituição Federal traz claramente tal possibilidade de restrição à imprensa, especificamente.

Dito isso, avança-se para o caso concreto e sobpesa de um lado que: é incontroversa a existência da postagem com escritos e imagens do resgate realizado ao familiar dos autores; a publicação não cita nomes e não emite juízo de valores; e, a maioria das imagens, apesar de lamentável, não excede o admissível para a finalidade informativa, considerando que ilustra a atividade dos bombeiros.

De outro lado, ponderou que: duas imagens são extremamente fortes, pois possibilitam o reconhecimento do genitor/esposo dos autores e a sua visualização em estado completamente vencido e em trajes mínimos; apesar das boas intenções do réu, ao publicar estas duas imagens avançou de forma pouco razoável no gozo de seus direitos fundamentais à informação e à imprensa; a publicação destas imagens mais violentas em nada contribuiria para o alcance que disse o réu almejar (informar a população catarinense); mesmo sem as imagens em questão, os direitos fundamentais de informação e de imprensa teriam sido plenamente exercidos pelo réu; mesmo sem as imagens em questão, o objetivo do réu teria sido atingido, porém, de forma razoável; a publicação ocorreu na internet, tendo amplificado imensuravelmente o alcance visual das imagens. Por fim, concluiu o juízo:

<sup>21</sup> Art. 5º, IX: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Tais imagens foram desnecessariamente postadas, a julgar que em nada alterariam o resultado final dos objetivos informativos do acidente ou das condições climáticas que açoitavam o Estado de Santa Catarina; somente se prestaram a servir de chamariz para os incautos admiradores da dor humana. Por tais razões é que entendo que os direitos fundamentais do réu devem ser limitados, neste caso. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 173).

Assim, dedicou mais algumas laudas para indicar a proporcionalidade da medida que adotou na limitação aos direitos fundamentais do réu. No caso real, reconheceu que o mais proporcional seria a determinação da remoção somente daquelas duas imagens. Não precisaria o réu, assim, apagar o *blog*, tampouco a postagem. Justificou tal conduta não apenas no direito fundamental dos autores previsto no inciso X, do art. 5º, da Constituição vigente, mas também na falta de autorização para a publicação da imagem (art. 20, do Código Civil)<sup>22</sup> e no dever de proteção à imagem da família (art. 226, da Constituição Federal)<sup>23</sup>.

Ao fim da decisão, determinou que o réu removesse do seu *blog* as imagens em que a vítima aparecia (indicadas nas laudas 31, 33 e 34 do processo), bem como o condenou ao pagamento de indenização moral aos autores na monta de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

## 2.6 Do acórdão

Uma vez que a parte ré apresentou apelação, depois da manifestação da parte autora, os autos foram remetidos para o segundo grau. Após o seu recebimento e autuação, o feito foi remetido ao Procurador de Justiça para seu parecer no sentido de não prover a apelação do réu. Tal qual a sentença de primeiro grau, a interpretação e a argumentação utilizadas foram consistentes (não considerando, nesse momento, se acertadas ou não), sobpesando os direitos fundamentais em colisão, a ausência de precedências absolutas entre direitos fundamentais *a priori* e a desproporcionalidade das fotos em que o familiar dos autores aparece em situação crítica para o pleno gozo dos direitos fundamentais invocados pelo réu (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 218-222).

Por seu turno, ao revés, o acórdão foi unânime em prover o recurso e considerar que não houve violação aos direitos fundamentais dos autores e à sua dignidade humana. Em *talvez* pouco mais do que uma lauda de fundamentação, o Desembargador Relator referiu que:

Adianto que não vislumbro a ocorrência de ato ilícito por parte do réu, pois sopesando os elementos dos autos, tenho que a notícia veiculada pelo réu, com a divulgação de imagem do Sr. Ricardo Dias, limitou-se a informar o fato ocorrido, sem emitir qualquer juízo depreciativo ou desabonatório acerca da víti-

<sup>22</sup> Art. 20: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

<sup>23</sup> Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

ma, de modo a justificar o reconhecimento do dano moral pleiteado. A notícia publicada no *Blog* do recorrente, como referido, limitou-se a noticiar o resgate efetuado pelos organismos competentes de Santa Catarina, inclusive com divulgação de imagens do resgate. Contudo, o texto denominado “*Achado corpo na barreira da SC 401*” (fl. 27) não faz nenhuma menção a nomes ou qualquer tipo de referência pessoal do falecido. Muito embora algumas fotos, em especial a colacionada às fls. 34/35, chocam, como dito antes, não houve menção ao nome do falecido, inexistindo assim, na matéria jornalística, qualquer ofensa à honra ou dignidade do falecido e seus familiares, ora autoras. Assim, ao concreto, não restou configurada a alegada exibição da imagem do autor de forma humilhante, vexatória ou mesmo desrespeitosa. Em verdade, o réu agiu com razoabilidade e em observância dos limites do direito de informar, não incorrendo em qualquer excesso ou até mesmo dolo ou culpa [...] Por derradeiro, consigno que o entendimento ora esposado não implica ofensa a quaisquer dispositivos, de ordem constitucional ou infraconstitucional, inclusive aqueles mencionados pelas partes em suas manifestações no curso do processo. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 229-230).

Fez-se questão de grifar o número de páginas presentes no acórdão para justificar a posição adotada (aqui, novamente, não considerando nesse momento se acertada ou não), pois o Ministério Público de primeiro grau, a sentença do juízo *ad quo*, e o Procurador de Justiça realizaram suas fundamentações em 10, 18 e 7 laudas respectivamente. Não que o número de laudas reflita a qualidade das razões, mas, nesse caso (e em tantos outros vistos no cotidiano), a quantidade demonstrou a busca pela exaustão dos argumentos presentes no cenário que formam o caso concreto (colisão de direitos fundamentais, precedências, argumentos, limitações, proporcionalidade). Tal esforço, com máxima vênua, não foi verificado no acórdão, nem pelo relator, tampouco pelo revisor e pelo vogal. O que se viu, ao revés, foi um verdadeiro “decisionismo judicial”:<sup>24</sup> novamente, a decisão não é equivalente à escolha (STRECK, 2010, p. 105). O lançamento de um “eu acho/assim decido” que, apesar de dizer o “porquê”, deixou de dizer o “por quê não” foi uma escolha, máxime diante das razões superficiais do acórdão, justamente pela falta de justificação adequada e exaustiva do motivo de um direito fundamental (informação/impressão) ter precedência, nesse caso concreto, sobre outro direito fundamental (imagem, honra, intimidade, vida privada); além de, ao fim de tudo, genericamente fazer constar: “[...] consigno que o entendimento ora esposado não implica ofensa a quaisquer dispositivos, de ordem constitucional ou infraconstitucional [...]”, demonstrando (e impossibilitando) de forma expressa o não enfrentamento dos argumentos das partes e dos fundamentos constitucionais.

<sup>24</sup> Vincula-se o termo “decisionismo judicial” à expressão utilizada por Streck (2011, p. 192), a partir do que afirma: “[...] o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionários-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras [...] a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o *lôcus* do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida *em qualquer direção* (por isso, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da insignificância para valor acima de mil dólares no caso de descaminho e, ao mesmo tempo, nega a aplicação do princípio para um furto no valor de menos de vinte dólares), uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente.”

### 3 A (falta de) fundamentação jurisdicional diante da colisão de direitos fundamentais: e quando todos os dentes caírem?

O processo observado traz uma preocupação que pode ser retratada na metáfora vista (e ouvida) no filme “Onde vivem os monstros?” (*Where the Wild Things are?*). Em determinado trecho da obra cinematográfica, ocorre um diálogo que demonstra o estranhamento de um dos personagens em relação à mudança. É nesse momento que ele diz: “Você sabe a sensação de quando todos os seus dentes estão caindo lentamente e você não percebe, então quando você nota eles já estão muito distantes um do outro. E então um dia... você não tem mais dentes.” A metáfora que abre a parte final deste estudo espelha bem o que a (falta de) fundamentação na atividade jurisdicional (também) quando colocada diante da colisão de direitos fundamentais pode acarretar.

O caso analisado, a exemplo de outros tantos, enaltece a necessidade de se levar a sério (interpretar e argumentar) a fundamentação da sentença/acórdão. Dele restou (ou pelo menos deveria restar) o sentimento de que algo *estranho* está acontecendo na atividade jurisdicional sem que se esteja dando atenção ou valor suficiente. Decisões discricionárias aqui e ali, pulverizadas em meio a outras de fundamentação adequada, não têm causado choque suficiente na comunidade (jurídica, política, acadêmica, social) para que se espante com a situação e a enfrente de modo incisivo. O que fica é (somente) o sentimento de estranheza de que algo está se soltando, afastando-se, e não deveria. Ao fim, o que será quando não houver mais dentes? Quando todos eles caírem e o espanto (que substituiu a estranheza) residir não no que ontem estava acontecendo, mas, no que hoje aconteceu?

É preciso reconhecer que o cotidiano comumente apresenta “casos difíceis” em que, diretamente ou indiretamente, eminente é a colisão de direitos fundamentais. As relações, por seu turno, estão cada vez mais complexas e conflituosas (REIS; LEAL, 2010, p. 2947), afastando-se (pelo menos em parte), do controle da objetividade das regras jurídicas e demandando análise a partir dos princípios e direitos fundamentais. Daí, então, a importância da jurisdição, quando diante de situações como a do caso exposto na segunda parte deste estudo estar atenta e comprometida com a interpretação e com a argumentação<sup>25</sup> fiel à Constituição. O Judiciário será o entroncamento (no qual muitas vias chegam) que conduz (ou não) o direito ao caso concreto.

Dworkin defende a existência da resposta correta em um “caso difícil”, a qual pode ser alcançada, em especial pelo “Juiz Hércules”. E a resposta correta existe(!), não fosse isso não haveria maiores motivos para tornar constitucionalmente obrigatório – e há quem defenda um direito fundamental à “resposta correta” (STRECK, 2011, p. 617-

<sup>25</sup> “Para tanto, basta observar a prática cotidiana dos operadores jurídicos, em que predominam citações padronizadas/standardizadas, representadas pelo contínuo uso de verbetes jurisprudenciais, súmulas e citações de ementas descontextualizadas [...] nada mais são do que tentativas de universalização/generalização conceitual, como que buscando alcançar essências, desconsiderando o aparecer da singularidade.” (STRECK, 2009, p. 298-300).

622) – que os julgadores fundamentem suas decisões.<sup>26, 27</sup> Ocorre, todavia, que além de a mítica figura criada por Dworkin não existir, a atual estrutura (em sentido amplo) do Poder Judiciário não possibilita nem o nascimento de um Juiz Hércules, nem a viabilidade de uma plena convicção da existência “da” resposta correta. Em resumo: a resposta correta existe e é dever do julgador encontrá-la ou demonstrar que assim tentou; o que não existe é a certeza incontestável de tê-la encontrado.

Como não é possível ter plena certeza de se ter alcançado a resposta correta, deve-se, ao menos, tentar-se (verdadeiramente) chegar nela e, nessa tentativa, nascem “boas respostas”, decisões que levaram a sério a fundamentação da decisão e aclararam razões suficientes para serem vistas como “a” resposta correta (ou seja, a mais harmônica com a Constituição Federal). A “boa decisão”, em outros termos, não precisa ser única, mas tem que tentar ser a mais correta (MOTTA, 2010, p. 87) e somente poderá ser reconhecida como tal se demonstrar por meio da fundamentação a consistência e a substância do que decidiu (forma e matéria). Logo, a “boa decisão” ocorre “a partir” e não exclusivamente “com” ou “na” ideia da resposta correta de Dworkin.<sup>28</sup> Automaticamente, a “resposta correta” será uma “boa decisão”, porém, uma “boa decisão” não necessariamente será a “resposta correta” (porém, tampouco será uma resposta incorreta, pois para ser uma “boa resposta” deve conjugar aspectos formais e materiais), mas certamente não será uma “má decisão”.

E, diante disso, qual a grande questão do caso ventilado neste estudo? É exatamente como a discricionariedade judicial pode matar as “boas decisões” e aonde isso pode chegar se não se obtiver uma (contra) resposta tempestiva. E, nesse sentido, é preciso atender de que os espaços do direito em que o julgador pode caminhar mais livremente, não configuram salvo condutos de discricionariedade (trata-se de revisar as liberdades de atuação de quem decide)<sup>29</sup> (STRECK, 2011, p. 39). A eleição arbitrária de soluções e/ou a criação arbitrária de incertezas (com base no conteúdo “aberto” dos direitos fundamentais) e arbitrárias soluções (para as pseudoincertezas) são bons exemplos de discricionariedade judicial, que, ao fim e ao cabo, são o eufemismo da arbitrariedade cometida pelo Judiciário. Esta discricionariedade judicial traz como principal problema a falta de controle do conteúdo (STRECK, 2011, p. 42-47).<sup>30</sup> Fácil verificar, assim, a razão de a fundamentação da decisão ser de importância singular.

<sup>26</sup> Art. 93, IX: “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

<sup>27</sup> “Revertamos, pois, a(s) pergunta(s): se não há respostas (em Direito) melhores umas do que as outras, por que afinal nos esforçamos tanto em argumentar juridicamente, em nos debruçarmos sobre os casos ditos “controversos”? Se há apenas “respostas”, por que exigir do juiz o dever de fundamentar suas decisões? Mais, por que permitir a fala das partes? Por que submetê-las ao contraditório? Se tudo fica resolvido pela “discrição” do juiz, por que a garantia do segundo grau de jurisdição? Para substituir uma discrição por outra?” (MOTTA, 2010, p. 89).

<sup>28</sup> Aqui a “resposta correta” de Dworkin é mais uma referência privilegiada e menos uma matriz teórica.

<sup>29</sup> Lembrando que juiz ativo é diferente de juiz ativista: as figuras se não se equivalem, tampouco se equiparam (GOMES, 2013, p. 287-203).

<sup>30</sup> Uma advertência realizada pelo autor merece ser reproduzida: “Importa referir ademais que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável con-

Para restar mais clara a visualização do que se diz, tome-se por base o estudo de caso proposto. Pode-se dividi-lo a partir de duas questões: A decisão de segundo grau foi “a decisão correta”?; se não para a primeira pergunta, a decisão analisada foi uma “boa decisão”? (lembrando que sendo positiva a resposta da primeira pergunta não há porque avançar na segunda, pois se a decisão é “a” correta ela é afinada com a Constituição Federal e, logicamente, regularmente fundamentada, sendo uma “boa decisão”). Quando se passou pelas principais passagens do processo objeto de crítica restou de fácil percepção que a decisão não foi “a decisão correta”. E tal afirmação está longe de ser prepotente (mesmo porque houve notável divergência de entendimentos no âmbito do processo).

Do que se viu até aqui os direitos fundamentais não têm uma precedência absoluta de um sobre o outro, tampouco são ilimitados. Logo, é o caso concreto que irá fornecer razões para que se aponte a precedência condicionada no cenário observado pelo julgador. A decisão de segundo grau, ao afirmar que o direito de imprensa, naquele caso, era superior ao direito de imagem, em outros termos disse: “[...] pode o réu publicar imagens fortes e chocantes, em que o familiar dos autores aparece morto e em situações deploráveis, pois a sua escrita no *blog* não citou nomes e não realizou juízos pessoais vexatórios.” O julgador esqueceu-se, porém, de que as imagens atacadas pelos requerentes são afrontosas à dignidade, à intimidade e à imagem não somente dos autores, mas também do falecido e da família, nas suas relações íntimas e coletivas, algo que, é mais do que evidente, a Constituição Federal não coaduna. A fundamentação e os argumentos da magistrada de primeiro grau, assim como as razões do Procurador de Justiça, destacam bem o espírito constitucional e a via que deveria ter sido (per)seguida pela jurisdição, já que indicaram que o direito de imprensa não é absoluto e deve se harmonizar com os demais direitos fundamentais. Se utilizado de modo excessivo, deve(ria) ser limitado, como, por exemplo, no caso concreto, em que foi empregado não apenas para noticiar e informar, mas também para exibir algumas imagens que causaram espanto e choque em razão da agressividade visual e que em nada contribuíram para a transmissão da informação.

Mais a mais, removendo-se as imagens ferinas e mantendo-se o restante (o texto e as demais imagens), tanto os direitos fundamentais dos autores quanto os do réu (envolvidos no caso concreto) estariam assegurados. A precedência condicionada seria então aquela que diz que havendo ofensa à dignidade, à imagem e à intimidade, o direito de imprensa deve ser mitigado (ademais, certamente não seria isso que faria a censura “militar” retornar – como é grande medo de alguns); não havendo ofensa, mantém-se a plena liberdade de imprensa.

Seguindo, a decisão de segundo grau foi uma “boa decisão”? Novamente a resposta é não. Não se viu esforço significativo para demonstrar que o julgado buscou “a decisão correta”, primeiro porque seus fundamentos foram *lançados* perfunctoriamente

---

trole de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição [...]” (STRECK, 2011, p. 46).

advindos da escolha realizada (e não da decisão – compreensão, interpretação, argumentação). Em segundo momento (esquecendo-se aqui a Constituição Federal para que se possa mergulhar apenas na fundamentação), percebe-se que a câmara que analisou o processo se calçou e justificou argumentos incontroversos, quando, na verdade, deveria ter se detido no que era controverso, ou seja, as imagens atacadas pelos autores. Quanto a isso, limitou-se a dizer que apesar das fotos serem chocantes, por não haver menção do nome do falecido, não há violação (?). Em melhor resumo, por não constar o nome da vítima, os autores não foram ofendidos ao verem as fotos do pai/esposo em situação lastimável... o argumento não faz sentido algum até mesmo para a lógica do *sensu communi* (muito menos pela lógica constitucional). Ainda, vê-se que a posição do Ministério Público de primeiro grau, não fosse as significantes do caso concreto – as imagens desumanas e a Constituição vigente –, poderia ter sido uma “boa decisão”, pois considerou o máximo das razões presentes no cenário real e se esforçou para dizer o “porque sim” e o “porque não”, ou seja, tentou exaurir ao máximo os argumentos, tornando sua fundamentação consistente.

Todavia, não bastasse o até então dito, o grande ponto *estranho* da decisão de segundo grau reside no seguinte trecho: “Por derradeiro, consigno que o entendimento ora esposado não implica ofensa a quaisquer dispositivo, de ordem constitucional ou infraconstitucional, inclusive aqueles mencionados pelas partes em suas manifestações no curso do processo.” Essas palavras foram a *magnum opus* da decisão, pois além de demonstrarem o não enfrentamento das razões das partes, enclausuraram perpetuamente qualquer possibilidade recursal visando atacar o acórdão; estas foram o trânsito em julgado prematuro e arbitral do processo que vivificaram o que assevera Dworkin (2001, p. 171) quando diz que: “Embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa.”

Diferentemente do que ocorreu, uma “boa decisão” (que não necessariamente é a certa – pois não se tem como saber efetivamente –, mas é aquela que tentou ser a certa) assume a responsabilidade política que os juízes devem ter,<sup>31</sup> o que se consubstancia em uma forma legal (devido processo), fundamentação comprometida com a Constituição e exaustiva dos argumentos, mesmo daqueles mais estapafúrdios, até porque a resposta do juízo não deve ser estapafúrdia (ou ausente, ou insuficiente, ou *ultra/extra petita*). Nesse ponto, *inexplicavelmente* reside uma infeliz razão para o número de embargos de declaração e de pré-questionamentos que abarrotam os movimentos processuais cotidianamente: é por meio desses mecanismos jurídicos que se (tenta) obriga(r) o juízo a fundamentar, como se a fundamentação necessária e adequada não fosse uma obrigação (STRECK, 2009, p. 89), mas, sim, algo subsidiário, caso a parte afetada reclame. Não é demais lembrar que “[...] compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido” (STRECK, 2009, p. 94); não havendo fundamentação, não

<sup>31</sup> Ideia melhor elaborada quando se trabalha a tese do “direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

há o que compreender, logo, não há como interpretar e, assim, não existe como verificar a adequação constitucional da decisão, porque sequer ela existe.

Ao lado disso não é demais recordar: uma fundamentação adequada, por ser corolário lógico do devido processo legal (LEAL, 2012, p. 154), confere segurança jurídica à decisão judicial, não no sentido de saber previamente o que será decidido, mas, significando dizer que o julgador observou os conteúdos e procedimentos legais (constitucionais, mormente) a que está atrelado (STEINMETZ, 2011, p. 198). O constitucionalismo contemporâneo trouxe consigo o alargamento do espaço de atuação do Poder Judiciário, fazendo com que juízes e tribunais pudessem, notadamente no exercício da jurisdição constitucional, apreciar e solucionar situações que o ordenamento jurídico não alcançava por meio das regras (*hard cases*) (LEAL, 2007). Tal cenário, contudo, não significou (nem significa) autorização para que, nesses casos, florescessem discricionariedades judiciais (STRECK, 2009, p. 339-340). Uma das melhores formas de se enfrentar isso é por meio da constante preocupação e concretização da fundamentação adequada das decisões que nada mais são do que aquelas alinhadas com a Constituição (forma e matéria).

É nesse sentido que – por fim vale registrar – causa espanto (negativo), iniciativas como, por exemplo, o “Projeto petição/sentença 10” do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em máxima síntese, visa limitar (em 10 laudas) o espaço de fundamentação das petições e sentenças/acórdãos sob a alegação de que as manifestações dos atores forenses devem ser concisas, tencionando a celeridade processual e a proteção do meio ambiente. Sem questionar (já questionando) a eficácia do projeto em termos de celeridade processual e proteção ao meio ambiente, parece haver problemas bem mais críticos à celeridade processual e ao meio ambiente do que ao número de laudas das petições/sentenças, como a estrutura do Poder Judiciário, a número parco de funcionários, a teimosia na separação (irreal) entre teoria e prática, o descompasso e as críticas não ouvidas da academia em relação aos juízes (POSNER, 2010, p. 205-216), e algumas grandes empresas que teimam em trilhar à margem da legalidade, empilhando processos nas estantes dos fóruns e tribunais (que, aliás, tristemente tendem a ser julgados em *lote*).

Este estudo analisou um dente que se soltou. E se todos os outros caírem?

## Conclusão

A sofisticação das dinâmicas sociais edificou situações em que o ordenamento jurídico, por meio de suas regras, não foi capaz de acompanhar sua evolução, fazendo com que a solução desses conflitos ocorresse por meio da aplicação da Constituição Federal, mormente dos direitos fundamentais. Tal conjuntura passou a ser denominada como eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou entre particulares (ou eficácia horizontal). É a partir disso que se discute hoje como solucionar a colisão de dois ou mais direitos fundamentais, em lados opostos, que protegem interesses de particulares.

Há algum tempo já se concluiu que a solução destas colisões de direitos fundamentais se opera por meio da “ponderação”, vinculada à proporcionalidade, que é o ato em que o Judiciário (o julgador) avalia as circunstâncias presentes no caso concreto

e constrói sua decisão a partir da Constituição Federal. Em alguns casos (mais polêmicos), todavia, o julgamento não é imune de críticas, notadamente porque na decisão que resolve a colisão de direitos fundamentais advém de uma interpretação que dificilmente é objeto de consenso; tal interpretação, ademais, faz com que sempre haja no caso concreto o preterimento de um direito diante de outro. Porém, as críticas nem sempre são justificadas, podendo ser meras insatisfações quanto ao decidido. Críticas que vingam e devem ser levadas a sério dizem respeito à decisão não adequada à Constituição ou que não demonstra de forma suficiente o motivo de um direito fundamental ser superior o outro no caso real (já que, isoladamente – *prima facie* –, todos os direitos fundamentais são plenos). É nesse ponto que reside a importância da fundamentação judicial.

A fundamentação adequada das decisões (alinhamento com a Constituição (forma e matéria) e exaustão dos argumentos) é o caminho acertado para a “resposta correta”, pois, ainda que não se alcance tal desiderato, é por meio da “boa decisão” que se pode alcançar a “resposta correta” (a boa decisão como condição de possibilidade da “resposta correta”). Ademais, é por tal meio que há o enfrentamento à discricionariedade e ao “ativismo judicial”. Viável concluir, diante disso, que a falta de fundamentação judicial da sentença/acórdão é espécie clara de arbitrariedade judicial, notadamente porque viola material e formalmente a Constituição Federal.

O caso concreto que guiou este estudo serviu para ilustrar *uma* situação de discricionariedade judicial, consubstanciada na fundamentação judicial inadequada e insuficiente. O objetivo maior, de qualquer sorte, foi (é) acender o sinal de alerta para todos os outros casos que podem estar (e estão) ocorrendo nesse instante, clamando por uma maior preocupação e enfrentamento enquanto há tempo de se responder à situação sem que (muitos) danos *irreparáveis ou de difícil reparação* ocorram.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 501781 SC 2009.050178-1 (TJ-SC). Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgamento em 18 maio 2010. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FARRA+DO+BOI>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AC 0005338-05.2012.8.17.0480 (Rec. Esp. N. 792.497/RJ). Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgamento em 10 nov. 2005. Brasília, DF, 10 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58593965/djpe-03-09-2013-pg-969>>. Acesso em: 03 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 10 out. 2005. Brasília, DF, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 15 out. 2012.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 out. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coord.) *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivin, 2013.

GORCZEWSKI, Clóvis; BOTELHO, Edison; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos e efetivação pragmática dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

MAFALDA, Silviane Arisi. *Existe direito à farra do boi? A decisão do STF no RE n. 153.531-8/SC sob a ótica da interpretação constitucional*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Silviane%20Arisi%20Mafalda.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1080/1264>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

PM contabiliza 188 casos de farra do boi na Grande Florianópolis em 2013. G1 Santa Catarina, Florianópolis, 01 abr. 2013. Disponível em: <g1.globo.com/sc>. Acesso em: 15 out. 2012.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Um chamamento público aos bons cidadãos da república. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Ed. Edunisc, 2007.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação n. 70037294931*. Décima Câmara Civil. Relator: Paulo Alberto Lessa Franz. Julgado em: 01 jul. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Projeto "petição/sentença 10"*. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/peticao10sentenca10/>. Acesso em: 15 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

\_\_\_\_\_. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. 'Farra do boi', fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais? Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, 2009, p. 260-273.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. O positivismo discricionarista e a crise do direito no Brasil: a resposta correta (adequada a Constituição) como um direito fundamental do cidadão. In: KLEVENHUSEN, Renata (Coord.). *Temas sobre direitos humanos: estudos em homenagem a Vicente de Paulo Barreto*: Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

Data da submissão: 08 de abril de 2013

Avaliado em: 12 de abril de 2013 (Avaliador A)

Avaliado em: 26 de agosto de 2013 (Avaliador B)

Aceito em: 18 de outubro de 2013