



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FÁBIO BRETAS PRATA

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA DE KONRAD
HESSE NA ADI 4.815**

Brasília

2016

FÁBIO BRETAS PRATA

**O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA DE KONRAD
HESSE NA ADI 4.815**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientadora: Professora Anna Luiza de Castro Gianasi

Brasília

2016

FÁBIO BRETAS PRATA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA
DE KONRAD HESSE NA ADI 4.815 PELO STF**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Brasília, 8 de novembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professora Anna Luiza de Castro Gianasi

Professora Mariana Barbosa Cirne

Professora Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, objetivando responder se o princípio da concordância prática teve as suas premissas observadas de modo adequado. Nesse processo, será demonstrada a necessidade de se adotar uma metodologia para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, sendo proposto por esse trabalho o uso do princípio da concordância prática aliado à técnica de ponderação.

Desse modo, os conceitos centrais do princípio e da técnica citada irão ser estudados para moldar a base das críticas que serão feitas às diversas fundamentações lógico-jurídicas construídas pelos Ministros.

Para isso, primeiramente, o conceito de direitos fundamentais deve ser compreendido. É necessário abordar a sua natureza normativa para que se possa entender a perspectiva de Robert Alexy, ao caracterizar princípios como mandamentos de otimização. A relevância da pretensão que uma norma de direito fundamental busca realizar há de ser entendida. Nessa linha, será questionado o papel da Constituição, sob a ótica de Konrad Hesse, quanto ao efeito vinculante de seus enunciados normativos.

No mesmo passo, o princípio da concordância prática deve ter sua finalidade esclarecida. A importância de sua proposta e quais razões justificam a sua necessidade serão demonstradas.

Igualmente, a técnica da ponderação possui papel significativo na presente análise e deve ser compreendida em suas diferentes etapas, que serão descritas no decorrer do trabalho.

O aspecto central do presente estudo está na necessidade de se observar a coerência decisória e clareza nas justificativas que determinam um julgamento tão complexo como é o que envolve conflito entre direitos fundamentais.

Palavras-chave: Colisão de direitos fundamentais. Concordância prática. Ponderação de direitos. Harmonização de direitos.

SUMÁRIO

Introdução	1
1 Os direitos fundamentais	3
1.1 <i>Colisão de direitos fundamentais na perspectiva de Robert Alexy</i>	9
2 O princípio da concordância prática de Konrad Hesse	17
3 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815.....	30
3.1 <i>Voto da Ministra Cármen Lúcia</i>	38
3.2 <i>Voto do Ministro Luís Roberto Barroso</i>	39
3.3 <i>Voto da Ministra Rosa Weber</i>	41
3.4 <i>Voto do Ministro Luiz Fux</i>	43
3.5 <i>Voto do Ministro Dias Toffoli</i>	44
3.6 <i>Voto do Ministro Gilmar Mendes</i>	46
3.7 <i>Voto do Ministro Marco Aurélio</i>	47
3.8 <i>Voto do Ministro Celso de Mello</i>	47
3.9 <i>Voto do Ministro Ricardo Lewandowski</i>	48
3.10 <i>Voto do Ministro Teori Zavascki</i>	48
3.11 <i>Análise dos votos proferidos na ADI 4815</i>	48
Conclusão	58
REFERÊNCIAS.....	62

Introdução

O presente trabalho buscará demonstrar a aplicação do princípio da concordância prática, de Konrad Hesse, na fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na solução da demanda jurídica envolvendo colisão de direitos fundamentais e verificar a adequação de sua aplicação.

Esta monografia irá focar no papel desempenhado pelo princípio supracitado na garantia da segurança jurídica, demonstrando a necessidade de adotá-lo como instrumento apto a solucionar conflitos de direitos fundamentais.

Com vistas a elucidar a ótica em que será avaliada a fundamentação lógico-jurídica dos julgados, o primeiro capítulo contemplará a definição de direitos fundamentais, sua essência normativa e, por fim, sua relativização.

O segundo capítulo abordará o princípio da concordância prática de Konrad Hesse. Para tanto, serão esclarecidos os pontos principais do papel da Constituição, sua força vinculante, a eficácia de suas normas e, ainda, como o princípio da concordância prática proposto pelo jurista alemão solucionaria a colisão entre direitos fundamentais.

Por fim, adentrando a análise do caso concreto, o presente trabalho irá analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, identificando a base da fundamentação utilizada para solucionar o conflito de direitos fundamentais. Nesse último capítulo será estudado o julgamento, que ocorreu em 2015, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Nesta ação, o Plenário do STF discutiu a necessidade de autorizações prévias para a publicação de biografias.

Desse modo, como conclusão, espera-se responder se o princípio da concordância prática foi aplicado pelo STF e se com sua aplicação, no caso concreto, os direitos fundamentais envolvidos na colisão teriam sua eficácia preservada, a fim de proporcionar segurança jurídica às questões debatidas. Para

isso pretende-se retomar definições e conceitos já tratados nessa pesquisa, integrando-os em um único capítulo, de modo a possibilitar uma ótica holística.

Há que se destacar que não será feito qualquer juízo de valor acerca do princípio tratado, ao contrário, ao esclarecer suas características e dissertar sobre a sua aplicabilidade no julgamento de mérito do Supremo Tribunal Federal pretende-se fomentar a discussão sobre a sua aplicação na solução de problemas jurídicos envolvendo colisão de direitos fundamentais. Nas questões envolvendo colisão de direitos fundamentais, é possível consolidar uma metodologia para solução da lide? O princípio da concordância prática cumpre esse papel? O princípio da concordância prática, com base no julgado tratado nesse trabalho, teria sido utilizado de modo adequado pelo STF como método de solução de conflito de direitos fundamentais?

Esses questionamentos são importantes, devendo ser debatidos e, na medida do possível, respostas devem surgir em busca de fornecer solução para um campo em que, dada a amplitude de alcance das normas tratadas, deve-se ter uma solidez quanto à forma de resolução de lides envolvendo conflitos entre direitos fundamentais

1 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais estão contemplados em normas que possuem uma proteção e importância diferenciada no ordenamento jurídico. Correspondem, em essência, aos direitos humanos que foram positivados na esfera de regulação de uma Constituição, como afirma Ingo Sarlet:

o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.¹

Marcelo Novelino manifesta expressamente que *“a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”*².

Luiz Alberto Araújo destaca:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).³

Na mesma linha, o Ministro Gilmar Mendes explica que:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁴

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 249.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-111.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, nº 10, janeiro/2002, Salvador/BA, p. 2.

É dizer, os direitos fundamentais possuem o papel de garantir a dignidade da pessoa humana e sua fonte normativa é a Constituição de cada Estado.

Das características dos direitos fundamentais, há de se destacar o seu atributo histórico, a partir do momento que se observa a evolução histórica no processo de seu reconhecimento, durante o período moderno da humanidade até os tempos contemporâneos. Esse atributo histórico encontra-se ligado a aspectos espaciais e temporais. Em um país, um direito tido como fundamental não será necessariamente reconhecido como fundamental em outro país. Do mesmo modo, um direito tido como fundamental atualmente não foi, necessariamente, sempre reconhecido como tal. Norberto Bobbio elucida esse aspecto no seguinte trecho:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁵

A historicidade permite identificar outra importante característica dos direitos fundamentais que é a possibilidade de sua relativização. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo haver restrições a eles⁶.

As restrições, todavia, deverão estar de acordo com uma necessidade razoável e proporcional e em sintonia com as diretrizes constitucionais, como assevera Konrad Hesse:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁷

Para compreender os limites dos direitos fundamentais, necessário se faz entender a sua hipótese normativa. A hipótese normativa do direito fundamental é composta pela área de proteção objetiva (status jurídico tutelado), pela área de

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 5.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 256.

proteção subjetiva (titular do direito) e pela área de regulamentação do direito fundamental⁸.

A área de regulamentação representa as situações fáticas que são abrangidas pelo direito fundamental. A Constituição listou no rol de garantias e direitos fundamentais, no seu Título II, Capítulo I, art. 5º, inc. IX, o direito “*a livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*”⁹.

Desse modo, a partir do dispositivo citado, pode-se ver que, por mais que haja similaridade entre as diretrizes asseguradas pela liberdade de expressão, a área de regulamentação de cada uma difere, evidenciando um limite de sua abrangência¹⁰.

A área de proteção ramifica-se em duas vertentes. A primeira vertente seria a área de proteção objetiva, que estaria relacionada à conduta, ao modo de exercer o direito, quais condutas o constituinte busca proteger em seu âmbito de regulação. A segunda vertente, a área de proteção subjetiva, estaria relacionada à titularidade do agente, quem pode ou não usufruir da garantia constitucional do direito fundamental. Sobre o tema, afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Também no que tange ao aspecto da titularidade do direito fundamental, o constituinte pode retirar do recorte fenomenológico da realidade social no qual incide a norma constitucional (área de regulamentação) as categorias de pessoas que, por seu soberano critério, não gozam da garantia constitucional do direito fundamental. Distingue-se, nesse ponto, entre área de proteção material ou objetiva e área de proteção pessoal ou subjetiva.¹¹

Sendo assim, não pode uma pessoa que esteja cumprindo pena, após ser condenada com base na legislação cabível e tendo sido garantida a sua ampla defesa e contraditório, alegar que o direito de ir e vir contemplado no art. 5º, inc. XV,

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 132.

⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Ed. 5. São Paulo, Atlas, 2014. p. 134.

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136-137.

da Constituição Federal¹² está sendo violado. Nesse caso, o âmbito regulatório pode alcançar a pessoa, mas em decorrência de uma restrição legítima de seu âmbito de proteção, a alegação seria infundada.

Há de se destacar que mesmo podendo-se relativizar os direitos fundamentais, existem limites à restrição que pode ser imposta a esses direitos. Deve-se buscar preservar a essência normativa do direito fundamental, para que ele não perca a sua eficácia.

A doutrina dos limites dos limites foi desenvolvida no direito constitucional alemão por autores como Bodo Pieroth, Bernhard Schlink¹³ e Robert Alexy¹⁴, a qual tem como objetivo preservar o conteúdo essencial do direito fundamental¹⁵.

O termo “conteúdo essencial” possui relação direta com a eficácia do direito fundamental, sendo necessário identificá-lo. A partir dessa problemática surgiram diferentes teorias: a absoluta e a relativa¹⁶.

A primeira defende o caráter absoluto do conteúdo essencial, independentemente do contexto em que direito fundamental está inserido. Sendo assim, o caso concreto a ser analisado não influenciaria no conteúdo essencial da norma, que já estaria definido anteriormente ao surgimento da análise.

A segunda teoria afirma que o conteúdo essencial é relativo, estabelecendo que a sua definição irá depender dos fatos que compõe a circunstância, suas singularidades, para poder definir qual seria o conteúdo primordial de um direito fundamental. Nessa segunda teoria pode-se perceber que uma mesma norma, em

¹² Art. 5º, inc. XV - “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2016.

¹³ PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte – Staatsrecht II*. p. 73 e ss, apud . SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. p. 124.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 297-304.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. p. 124 e ss.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 243 e 244.

um conjunto fático diferente, terá a definição do seu âmago variado. Sobre a temática, Gilmar Mendes discorre:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.¹⁷

No Brasil, o critério limitador das restrições de direitos fundamentais é, principalmente, o princípio da proporcionalidade, pois inexistente disposição expressa quanto à necessidade de observar conteúdo nuclear das normas fundamentais de forma independente, como afirma Dimoulis e Martins¹⁸. O uso do princípio da proporcionalidade como garantia da não intervenção ao núcleo essencial do direito fundamental é uma proposta de Hesse¹⁹, que busca manter a caracterização do direito fundamental evitando que ele se relativize demasiadamente e, ao mesmo tempo, consolida uma resistência a intervenções excessivas em seu núcleo essencial.

O certo é que as autorizações concedidas para uma limitação dos direitos fundamentais não carecem, por sua vez, de limites. Isso resulta da tarefa exposta (supra, número marginal 64) e se confirma mediante a garantia do conteúdo essencial do art. 19.2 GG. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional restringiu consideravelmente (sem recorrer expressamente a essa garantia) a possibilidade de limitar os direitos fundamentais: embora a existência desses direitos fique condicionada a uma limitação legal, não são abandonados à livre disposição do legislador. Por isso, só se admitem restrições quando se revestem do interesse do bem comum, isto é, quando se podem justificar com considerações objetivas e razoáveis do bem comum e se compadecem também do princípio de proporcionalidade (em sentido amplo). De acordo com isso, a limitação tem que ser adequada à obtenção do objetivo (público) perseguido. Ademais, o meio tem de se mostrar necessário, o que é o caso, em qualquer momento, em que não se possa eleger outro meio igualmente eficaz, porém, que não afete, ou afete em medida sensivelmente menor, o direito fundamental. Finalmente, ponderando em conjunto a envergadura da intervenção e a imperiosidade

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 168.

¹⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 66-67.

dos motivos que a justificam, há de velar-se pelas margens do que é razoavelmente exigível.²⁰

As limitações resultantes em decorrência de conflitos entre direitos fundamentais guardam relação com normas que possuem natureza principiológica. Essa relação é observada nos casos de colisão entre direitos pela possibilidade de choque ao se buscar as suas concretizações. Em um contexto específico uma norma princípio pode ter uma pretensão contrária à outra, gerando o conflito.

A aplicação de princípios é trabalhada por Robert Alexy, que estabelece uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²¹

A diferença qualitativa é identificada na amplitude em que se busca realizar o que um princípio determina, ao passo que nas regras há apenas a averiguação de sua satisfação ou não. Desse modo, os princípios seriam mandamentos de otimização, pois a realização se daria na maior proporção possível. Para Alexy,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²²

Ao estabelecer princípios como mandamentos de otimização, pode-se identificar a natureza principiológica dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais têm a otimização como parâmetro para sua concretização plena. Nesse ponto, deve-se atentar ao fato de que a proporcionalidade em sentido estrito é uma face da otimização em relação às possibilidades jurídicas e fáticas.

²⁰ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 128-129.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 90.

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 90.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico.²³

Robert Alexy trabalha um aspecto deontológico dos princípios. Os mandamentos de otimização perfazem um dever ser diante das possibilidades jurídicas e fáticas.

Diante de uma colisão entre normas de direitos fundamentais, as possibilidades jurídicas irão ser limitadas e para definir o limite que cada direito impõe ao outro é necessário ponderá-los. A ponderação terá como parâmetros as singularidades do caso concreto em que os direitos fundamentais buscam a sua concretização. É por meio da ponderação que a colisão será solucionada e se buscará a otimização dos direitos envolvidos.

1.1 Colisão de direitos fundamentais

Anteriormente foi trabalhada a natureza das normas princípio que contém direitos fundamentais, destacando a importância do exame do contexto para identificar o núcleo essencial. Sendo assim, é impossível solucionar conflitos em abstrato, pois apenas ao existir uma circunstância real em que os direitos se colidem é possível justificar o âmbito de proteção que cada um alcança. O caso concreto fornece os parâmetros que o intérprete necessita para ponderar os direitos fundamentais e justificar o porquê de uma solução.

Os direitos fundamentais entram em choque por possuírem, em sua essência, direções protetivas contrárias, como no caso que será objeto de análise desse trabalho, a ADI 4815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no qual se percebe um choque da liberdade de expressão e do acesso à informação, que tem uma natureza publicista, com o direito à intimidade e à privacidade, que dispõem de uma natureza voltada à intimidade, ao privado.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 117.

O Ministro Luís Roberto Barroso, quanto a temática da colisão dos direitos fundamentais, afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”²⁴.

Ao apresentar uma solução no caso concreto o juiz constitucional deve fazer um juízo de ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade. Ponderação entende-se como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”²⁵. Com sua utilização, é possível buscar a maior amplitude de realização de princípios envolvidos em colisão. Isso só é possível porque a ponderação considera a pluralidade de normas envolvidas em conflito²⁶, diferentemente das técnicas tradicionais de solução de antinomias²⁷.

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.²⁸

A natureza dos conflitos impõe o uso da ponderação. Antinomias tradicionais envolvem, em regra, um choque entre textos normativos, diferenciando-se das antinomias que envolvem direitos fundamentais. A complexidade de conflitos envolvendo normas de direitos fundamentais se deve pela sua carga axiológica, que

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33.

²⁷ Os critérios tradicionais de solução de conflitos se dividem em critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior; critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral; critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior. “critérios da especialidade, hierárquico ou temporal”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação. Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

é determinada a partir das circunstâncias fáticas de sua realização, e a relevância que possui para o ordenamento jurídico, tornando-se impossível a subsunção²⁹.

Nesse contexto, pode-se afirmar que nem todos critérios utilizados para definir uma solução estão nos textos normativos. No uso da ponderação, há a necessidade acentuada de uma densificação da justificativa lógico-jurídica³⁰. O intérprete deve demonstrar que os critérios eleitos como relevantes para a ponderação guardam relação com o ordenamento jurídico e justificam a intervenção em um direito fundamental.

Além dessas razões gerais, a necessidade de racionalidade e justificação torna-se ainda mais acentuada quando se trate de decisão que emprega a técnica da ponderação. Como exposto no tópico anterior, a técnica se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos muito mais complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas. Neste contexto, as decisões jurídicas não são tomadas com base em uma subsunção simples ou facilmente perceptível, já que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico. Sua legitimidade, portanto, não decorre de forma evidente de enunciados normativos. Em suma: com mais razão que a existente relativamente a todas as decisões judiciais, a legitimidade daquelas que se valem da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação.³¹

Na citação acima, a racionalidade seria a lógica-jurídica que embasa a decisão, “a vinculação da decisão judicial ao sistema jurídico em vigor”³². A justificação seria o porquê de uma decisão ter sido tomada dentre um conjunto de outras soluções possíveis, “cuida-se de transformar os diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência”³³. Assim, observando esses dois elementos, a decisão judicial tem um vínculo claro e concreto com o ordenamento jurídico, contribuindo para uma consistência dos parâmetros jurídicos presentes nos processos decisórios.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 299.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45.

Na aplicação da técnica da ponderação, o intérprete deve seguir três passos. Em um primeiro momento ele irá averiguar quais enunciados normativos encontram-se em tensão. O segundo passo consiste em identificar os pontos relevantes e a repercussão que a proposta dos textos normativos de fato possuem. Por último, optar por uma das possíveis soluções que podem ser adotadas³⁴.

O primeiro passo, que consiste em averiguar os enunciados normativos que se encontram em tensão, tem por escopo definir o recorte do conjunto legal a ser analisado, de modo a definir se os interesses destacados no ato de provocação do Judiciário de fato encontram respaldo nas normas apontadas. Ana Paula de Barcellos afirma que esse afastamento não deve ocorrer em razão dos valores encontrarem respaldo no ordenamento jurídico:

interesses, bens, valores ou qualquer outra espécie de argumento poderão, sim, ingressar na primeira etapa da ponderação, uma vez que possam ser descritos juridicamente e encontrem suporte em algum elemento do sistema. É certo que não basta a indicação ritualística de um enunciado normativo qualquer para que se encontre satisfeita a exigência. A consistência do vínculo entre a pretensão e o ordenamento jurídico será submetida a controle argumentativo ao longo da ponderação, sobretudo tendo-se em conta que pretensões opostas podem justificar-se a partir do mesmo sistema.³⁵

O segundo passo, por sua vez, busca identificar os pontos relevantes e a sua repercussão nos elementos normativos, estabelecendo parâmetros específicos para a análise do caso concreto. Tal ponto demonstra como a ponderação depende das peculiaridades do caso concreto. A relevância de um fato será determinada com base em dois fundamentos. O primeiro fundamento é o aspecto cultural e histórico do que é a compreensão, da maioria das pessoas, do “normal”, sua visão de mundo, o produto de uma bagagem histórica de um determinado grupo social. O segundo fundamento é a existência de uma disposição normativa que aponta o ponto como relevante³⁶.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 101.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 116.

A repercussão do ponto relevante nos elementos normativos demonstrará o peso da adoção de uma solução ao invés de outra³⁷, ao mesmo tempo em que estabelecerá o nível de restrição que essa escolha impõe diante o restante dos envolvidos³⁸.

No terceiro passo, após determinada qual solução será adotada, há de se optar pelo modo como será realizada, levando em consideração os elementos já abordados³⁹. Nesse ponto, o intérprete avaliará qual a forma que possibilitará a otimização da solução. A otimização será evidenciada com o atendimento mais amplo das pretensões dos direitos fundamentais em colisão, ao mesmo tempo que as restrições em cada um seja a menos relevante possível.

Por fim, no uso da técnica da ponderação, o intérprete deve examinar o conjunto de enunciados normativos, suas repercussões e as diferentes soluções que possam ser formuladas. Nesse momento, há de se fundamentar os porquês das possibilidades sendo cogitadas e das escolhas dos parâmetros que direcionaram tais possibilidades. Essa fundamentação deve ser aceitável pelo ordenamento jurídico, possuindo pretensão de universalidade⁴⁰. Do mesmo modo, a

³⁷ “em um confronto entre as duas soluções — publicar ou não matéria jornalística sobre a rede de amigos de um deputado federal —, o fato de se tratar de matéria envolvendo um deputado federal atribuiria maior peso, nesse caso, ao grupo de enunciados normativos que sugere a publicação da matéria”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 120.

³⁸ “Note-se que o dado fático em questão — a circunstância de ser possível realizar o exame de DNA a partir de material da placenta — não confere maior importância à honra dos policiais. Ele simplesmente revela que o atendimento dessa pretensão no caso não causa qualquer restrição relevante ao outro elemento em disputa, a saber: a integridade física da mãe e, sobretudo, da criança. Por outro lado, a adoção de uma norma que vedasse a realização do teste impediria a comprovação da falsidade da acusação, meio pelo qual se poderia restaurar a honra e o bom nome dos acusados.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 121-122.

³⁹ “Imagine-se que um indivíduo qualquer, portador de epilepsia, estivesse assistindo a uma sessão do plenário do Senado Federal e sofresse uma grave crise, necessitando de cuidados médicos. A imprensa pretende divulgar o ocorrido e o indivíduo deseja impedir a divulgação, alegando a proteção de sua intimidade. Na realidade, não existem apenas as opções de divulgar e não divulgar o ocorrido. Dentro da solução que autoriza a divulgação, há diversas possibilidades: (i) a história pode ser descrita sem referência ao nome da pessoa e sem imagens que possam identificá-la, (ii) a história pode referir o nome do indivíduo, mas sem a utilização de imagens, e (iii) por fim, a empresa de comunicação pode contar a história referindo o nome do envolvido e ilustrando com imagens” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 125.

fundamentação deve permitir que a solução seja aplicada em todas as situações fáticas iguais.

Interessante abordar, também, a possibilidade da formulação de uma ponderação preventiva com o levantamento de possíveis soluções. Tendo parâmetros definidos para todas as soluções cogitadas, essas poderão ser aplicadas em um caso real em que se identifique as mesmas circunstâncias fáticas. Ressalte-se que a aplicação da solução continua sujeita ao caso concreto, contudo, ocorre que o processo de ponderação já teria os parâmetros especificados⁴¹. Robert Alexy concorda com essa viabilidade, afirmando que a associação da ponderação de valores à teoria da argumentação jurídica racional tornaria possível a formulação de regras, associando-se a universalizabilidade⁴².

A dependência que a técnica possui com as peculiaridades do caso concreto pode causar desconforto ao deixar transparecer que o intérprete teria em suas mãos poderes amplos, pondo em questão a segurança jurídica. Cumpre adiantar que não existem parâmetros absolutos, cada caso deve ser analisado especificamente, mas isso não impede que haja, preferencialmente, a adoção daqueles que se mostram constantemente adequados⁴³. Robert Alexy aponta a possibilidade de se identificar os parâmetros mais adequados com os precedentes, ao mesmo passo que afirma a necessidade de demonstrar o porquê da associação de um caso concreto ao precedente, traçando os pontos que justificariam o uso de determinado precedente como base da fundamentação decisória de um caso. Também afirma que os antecedentes correspondem a apenas um aspecto da fundamentação racional, mas de importância imprescindível⁴⁴.

⁴¹ “A partir das respostas sugeridas a essas questões, pode-se então propor um conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas, e.g.: se a informação é verdadeira, foi obtida de forma lícita, envolve a prática de crime e o indivíduo é titular de mandato eletivo, não se poderá impedir a divulgação dos fatos invocando proteção à intimidade. Como é fácil perceber, esses modelos de solução foram construídos por meio de uma ponderação feita em abstrato ou preventivamente e servem de parâmetros para o aplicador no momento em que este se debruçar sobre casos concretos.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 150.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 173-175.

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 162.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 554-559.

Um parâmetro geral que pode ser adotado trata do conteúdo dos elementos normativos⁴⁵. Normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais. A proposta desse parâmetro é garantir a concretização de normas que afetariam de modo mais acentuado o indivíduo. Sendo assim, essas últimas não de prevalecer diante normas que se associam indiretamente à satisfação do indivíduo.

Em atenção à centralidade constitucional da pessoa humana, de sua dignidade e dos direitos fundamentais, diversos autores têm concluído que é preferível restringir parcialmente os princípios da legalidade e da separação dos poderes, que se relacionam indiretamente com o bem-estar do homem no caso, e assegurar ao indivíduo o acesso à escola a fazer o inverso.⁴⁶

Com base nos parâmetros gerais, deve-se estabelecer parâmetros específicos para orientar mais precisamente a proposta de solução de conflito. Nesse caso, a vinculação com o caso concreto será em grau superior em comparação com parâmetros gerais. Em razão desse vínculo, será possível fazer uma análise mais minuciosa dos elementos importantes a serem considerados na formulação de uma solução⁴⁷. Os parâmetros específicos possuem relação com as etapas do emprego da técnica da ponderação, como a identificação dos enunciados normativos em colisão, dos elementos relevantes, a repercussão dos elementos relevantes nos enunciados normativos e a aplicação de soluções possíveis, no sentido de balizá-las.

O processo de ponderação tem como um de seus alicerces⁴⁸ o princípio da concordância prática de Konrad Hesse.

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 237.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 272.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 275-276.

⁴⁸ Bem como, o princípio da unidade da Constituição que “ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1223; do efeito integrador “significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1224; da máxima efetividade “a uma norma constitucional deve ser

O próximo capítulo desse trabalho irá discorrer sobre a visão de Hesse quanto ao papel da Constituição de um Estado, sua normatividade, a sua relação, no campo da validade, com a realidade em que se situa e o contínuo processo de legitimação da Constituição em face da dinamicidade da realidade. Todos esses aspectos irão auxiliar na compreensão de quais são os sustentáculos do princípio desenvolvido pelo jurista alemão, demonstrando qual a proposta de solução para a colisão de direitos fundamentais.

atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1224; da conformidade funcional “tem vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida” CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1224; e da força normativa “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a <actualização> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.” CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1226.

2 O princípio da concordância prática de Konrad Hesse

Para compreender o princípio da Concordância Prática de Hesse faz-se necessário elucidar alguns aspectos de sua visão quanto ao papel da Constituição.

Em seu livro “A força normativa da Constituição”, obra em que destacou o confronto entre fatores de reais de poder e uma Constituição, com foco na efetividade plena das normas constitucionais, Hesse faz uma contraposição às teses de Ferdinand Lassale.

Para Lassale questões constitucionais são questões políticas e não jurídicas. Existindo a Constituição jurídica e a Constituição real, essa segunda sempre irá se sobrepor à Constituição jurídica. A concepção de Constituição real seria a correlação dos fatores reais de poder:

a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país.⁴⁹

Ainda, aponta que a constituição jurídica seria apenas um apanhado de papéis, sem efeito vinculante ou expressão efetiva no mundo fático.

Opondo-se a esse pensamento, Hesse salienta que a vontade de constituição, em conjunto com os fatores históricos, sociais e políticos, justificaria a força vinculante da constituição jurídica. Assim, seria possível realizar pretensões presentes nos enunciados normativos constitucionais, as quais, mesmo em confronto com os ditos fatores reais de poder, não seriam desconsideradas.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se

⁴⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 9.

afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁵⁰

A essência da vontade de constituição é resultado da compreensão do valor de uma ordem normativa sólida, que balize a conduta da sociedade e do Estado. Sua eficácia se dá pelos atos humanos que demonstram a vontade de seguir o que é proposto em seus enunciados.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.⁵¹

Outro ponto de divergência entre a visão de Lassale e a de Hesse é que, para o primeiro, os fatores reais de poder teriam uma dinâmica própria para sua funcionalidade, não sendo influenciada pelas pretensões da Constituição jurídica, resultando em uma submissão da normatividade constitucional à realidade fática⁵². Conseqüentemente, qualquer tensão entre a proposta exposta no papel e a dinamicidade da realidade seria o colapso da força normativa da Constituição, pois ao não reconhecer a eficácia regulatória da Constituição o seu papel normativo seria negado⁵³.

Para Hesse, não é esse o caso, a Constituição tem um aspecto de dever ser, influenciando a dinamicidade dos fatores reais de poder⁵⁴. Ainda afirma que a força normativa da Constituição possui três condicionantes, que seriam, a reciprocidade entre Constituição jurídica e realidade político-social; os limites e possibilidades da

⁵⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

⁵¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

⁵² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 9.

⁵³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11.

⁵⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14.

atuação da Constituição jurídica; e, por fim, a investigação dos pressupostos de eficácia da Constituição⁵⁵.

A reciprocidade entre Constituição jurídica e realidade político-social é necessária para que uma norma constitucional tenha de fato eficácia regulatória. Um enunciado normativo deve compreender a realidade que busca regular. Do mesmo modo, deve-se reconhecer o dever ser dos enunciados normativos, pois há um condicionamento recíproco entre ordenamento jurídico e realidade fática. Não havendo discrepância entre a pretensão, o dever ser do enunciado normativo e a evolução histórica da realidade fática há de se reconhecer a eficácia da norma. Nesse trecho Hesse demonstra que não pode haver um grande distanciamento entre o que pretende o enunciado normativo e a realidade que o mesmo busca regular.

Os limites e possibilidades da atuação da Constituição jurídica seria a sua relação com o mundo fático, de modo que, deve haver uma relação harmoniosa entre ambas.

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.

Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade. Não se trata, à evidência, de revelação nova. Ela permanece uma obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo, para a qual uma separação entre a Constituição jurídica e o Todo da realidade estatal ainda se afigura estranha.⁵⁶

Como dito anteriormente, a necessidade da norma é um elemento essencial da eficácia da mesma, mas, equitativamente, é um limite da norma, pois sem a necessidade não há razão da proposta da norma ser realizada.

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a

⁵⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 13.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 15-16.

força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.⁵⁷

A força normativa da Constituição está vinculada a eficácia do que se busca realizar. Sendo assim, pode-se perceber que a Constituição, ao mesmo tempo que influencia, é influenciada pela fluidez da realidade, que dita, pelas suas tendências contemporâneas, a diretriz de desenvolvimento de uma Constituição jurídica. Conclui Hesse, por fim, que a realidade fática serve de limite para a Constituição jurídica, pois ela estaria em constante processo de legitimação em face de sua dinamicidade, enquanto presente a vontade de Constituição.

A investigação dos pressupostos de eficácia da Constituição, por fim, perfaz o conteúdo da Constituição e a sua prática constitucional que a permite ser uma força ativa. Como já dito, o conteúdo deve buscar a maior correspondência possível às singularidades e peculiaridades da realidade que a norma busca ordenar, deste modo a sua força normativa terá a máxima eficácia, em razão do apoio e consciência geral de seu valor. Hesse aborda esse ponto destacando a importância da incorporação pela Constituição do estado espiritual de seu tempo:

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.⁵⁸

Sob essa ótica, a norma não fica inerte às mudanças das condicionantes, que seriam os elementos que compõe a realidade que o enunciado normativo busca regular, como os elementos sociais, políticos, econômicos e culturais. A norma constitucional busca uma adaptação a essas condicionantes, esse é um aspecto importante a ser observado para a manutenção da força normativa e da legitimação diante das novas situações fáticas.

⁵⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 18.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 20.

Hesse destaca que as mudanças constantes no aspecto político-social iriam, inevitavelmente, acarretar em uma diminuição no poder normativo da Constituição, caso as mudanças culminassem em revisões dos enunciados normativos.

Para solucionar essa problemática, Hesse apresenta a necessidade de o enunciado normativo conter um teor genérico que se aprimore com a norma, mantendo-se a força normativa da Constituição diante das mudanças.

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sóciopolítica, mostre-se em condições de ser desenvolvido.⁵⁹

O compartilhar da vontade de Constituição por todos partícipes da realidade constitucional é outro aspecto importante para o desenvolvimento da força normativa, tal como a correspondência entre conteúdo dos enunciados normativos e a realidade. Essa disposição é possível de se identificar com o sacrifício em conjunto em prol de princípios constitucionais reforçando sua importância e valor, tal como exige-se direitos, deve-se cumprir deveres.

Ponto essencial a se considerar é também o aspecto da estabilidade da Constituição. A vontade de Constituição vem também em defesa de sua estabilidade pois, a reforma da norma vigente, em grande frequência, enfraqueceria a sua solidez, segurança. Não se deve modificar o texto constitucional por alegada necessidade política. A estabilidade, segundo Hesse, representa “*condição fundamental da eficácia da Constituição*”⁶⁰.

Em último momento, Hesse aborda o papel da interpretação, da hermenêutica jurídica para estabelecer e defender a força normativa da Constituição. É por ela que se estabelecerá o sentido da proposta normativa constitucional de acordo com as singularidades fáticas em uma situação pontual. A interpretação jurídica é condicionada não apenas pelo texto normativo, mas também pela realidade fática

⁵⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 21.

⁶⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22.

em que os partícipes da vida constitucional estão inseridos. O intérprete deve atentar-se para esses elementos de modo a buscar a otimização da materialização da norma. A otimização seria a realização da proposta da norma constitucional na maior amplitude possível.

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada, situação.⁶¹

A realidade fática possui o papel de diretriz para a interpretação do texto normativo. Ao mesmo tempo, a hermenêutica é uma ferramenta que faz o texto normativo acompanhar as mudanças político-sociais, sem necessariamente haver uma mudança no texto constitucional, possibilitando a manutenção da força normativa. Conclui-se, outrossim, que a hermenêutica jurídica detém a função de manter a estabilidade do texto normativo constitucional.

No âmbito específico da hermenêutica constitucional, Konrad Hesse nos faz advertência idêntica, ao dizer que o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arqui-médico, senão somente na situação histórica concreta em que se encontra, e cuja maturação enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo.⁶²

A hermenêutica possui, também, função essencial na coordenação de normas constitucionais quando o âmbito de proteção de uma se choca com o de outra. Para Hesse, quando há choque na proteção alcançada por normas constitucionais distintas deve-se possibilitar a eficácia ótima das normas envolvidas. Esse processo é denominado por ele como “produção de concordância prática”.

A concordância prática é um princípio hermenêutico que busca solucionar a colisão de direitos fundamentais por meio da ponderação, de modo que a realização

⁶¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22.

⁶² COELHO, Inocêncio Mártires, *Repensando a interpretação constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, nº 5, agosto/2001, Salvador/BA. p. 4.

desses direitos seja otimizada, ao mesmo tempo que nenhum seja negado ou afastado completamente.

a idéia de concordância prática já oferece uma diretriz geral para essa escolha, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o intérprete deve escolher a solução que produz o melhor equilíbrio, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão.⁶³

A tarefa da concordância prática requer a coordenação “proporcional” de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais: na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima.⁶⁴

Pela concordância prática busca-se preservar a eficácia de ambas normas envolvidas na colisão, de modo que a atenuação de ambas no caso concreto não ultrapasse o necessário, permitindo que o seu conteúdo se realize. Esse objetivo relaciona-se com o princípio da força normativa da constituição, exposto anteriormente, pois ao conservar a eficácia da norma a sua aplicação se justifica.

Para isso, os direitos fundamentais devem ser limitados de modo adequado, para que não haja a perda da capacidade de os mesmos produzirem a defesa de um bem jurídico. A limitação deve ser necessária, de modo a incidir apenas quando uma solução menos invasiva no campo de proteção de direitos fundamentais não se mostrar suficiente. Por último, ela deve ser proporcional ao peso e significado que os direitos guardam no caso concreto.

A adequação é medida a partir do grau de imposição da limitação sobre o direito fundamental. Quanto menos uma solução à luz da concordância prática limitar um direito fundamental mais adequado ela será. As possibilidades de limitações que permitam a proteção do bem jurídico pelos direitos fundamentais se dão em função da preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos na colisão.

A necessidade é o fator que justifica o uso da concordância prática. Considerando a importância dos direitos fundamentais, deve ser feita uma avaliação

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 136.

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 255.

da necessidade de limita-los no caso concreto. Quando for constatado que há uma solução mais amena, de modo a evitar uma limitação desnecessária, se deve optar pela resposta menos invasiva.

A proporcionalidade é o aspecto que irá permear a análise de peso e significado do direito fundamental. Para a otimização dos direitos em colisão se deve ter a proporcionalidade como diretriz. Coordenar os direitos fundamentais proporcionalmente para alcançar sua eficácia ótima⁶⁵.

Desse modo, os limites que incidem nos direitos fundamentais possuem limites, sendo que o objetivo é sempre tentar buscar a eficácia ótima desses direitos.

Essa tarefa de coordenação de direitos de liberdade e outros bens jurídicos está claramente reconhecida na prática judicial do Tribunal Constitucional Federal. O Tribunal Constitucional Federal atém-se por isso, com razão, a isto, que a autorização para a limitação de direitos fundamentais, mesmo em casos de uma reserva legal ordinária, nunca deve ser separada da garantia do direito fundamental, antes, sempre tem de ser vista “na luz do significado do direito fundamental, de modo que a reserva não contém poder em branco para restrição discricional. Sempre é exigida, antes, a consideração do direito fundamental no quadro do possível.”⁶⁶

A limitação de um direito fundamental será desproporcional se seu conteúdo essencial for violado. Os direitos fundamentais, em caso de conflito, devem ser conjugados de modo que um não resulte na completa exclusão do outro, preservando as suas essências, o que só se alcança na utilização da técnica jurídica de solução de conflitos conhecida como ponderação, que viabiliza a aplicação de um princípio interpretativo, na hipótese, a concordância prática⁶⁷.

Como já dito, a limitação da concordância prática deve ser adequada. Logo, para identificar a adequação primeiro deve-se estabelecer o núcleo essencial do direito fundamental. Na técnica da ponderação, estabelece-se parâmetros de análise para buscar uma solução de conflito. A partir desses parâmetros é que o núcleo essencial do direito será estabelecido no caso concreto. Os elementos que possuem

⁶⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 66 e 67.

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 256.

⁶⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 266-267.

relevância e se associam com o enunciado normativo que busca garantir um direito fundamental irão conduzir o grau de limitação que possibilitará uma efetividade ótima das normas envolvidas na colisão, evidenciado se a concordância prática foi realizada de modo adequado. A técnica da ponderação não possui carga valorativa em si, é apenas um instrumento, sendo necessário à sua correlação com o princípio da concordância prática.

os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade. Onde ocorram colisões não se deve, através de uma precipitada “ponderação de bens” ou, inclusive, de uma abstrata “ponderação de valores”, realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de “otimização”: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima. A fixação desses limites deve observar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade; não deve ir além do necessário para a concordância entre ambos os bens jurídicos. “Proporcionalidade” significa, nesse contexto, uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela que corresponda melhor a essa tarefa de otimização e não uma relação entre um “objetivo” constante e um ou mais “meios” variáveis. Essa se mostra clara, por exemplo, no (equivocadamente assim chamado) “efeito recíproco” entre a liberdade de expressão e o objetivo geral limitador do art. 5º da Lei Fundamental: do que se trata é da concordância prática, por meio de uma coordenação “proporcional”, entre a liberdade de expressão, de um lado, e os bens jurídicos protegidos pelas “leis gerais”, de outro. Acerca do que seja “proporcional” em cada caso o princípio não diz nada; apesar disso, enquanto critério orientador contido na Constituição e, por isso mesmo, vinculante, aponta a direção e determina o único procedimento através do qual se deve buscar uma solução constitucional. A “ponderação de bens” carece de um critério orientador no que se refere às suas valorações; não é somente que lhe falte uma base de apoio, e sim que, a todo instante, corre o risco de sacrificar a unidade da Constituição. O mesmo se diga quando a relação entre as garantias e as limitações constitucionais da liberdade é determinada com base na presunção de partida em favor da liberdade (*in dubio pro libertate*), não sendo possível, por isso, ver essa presunção como um princípio de interpretação constitucional.⁶⁸

Robert Alexy faz um contraponto quanto ao apontamento de Hesse, referente à ausência de critérios orientadores de valoração na ponderação de bens, destacando que o método possui critérios objetivos presentes nas argumentações formuladas com o uso do procedimento.

⁶⁸ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 37.

Alexy realça, ainda, que normas não se realizam em detrimento de outras. No modelo da ponderação de bens o caso concreto é tão importante quanto para o princípio da concordância prática⁶⁹.

A tarefa de otimização possui próxima relação com as singularidades dos elementos fáticos da relação jurídica submetida a exame e é também objetivo da ponderação de bens.

Ainda que haja a necessidade de um caso concreto as soluções apresentadas buscam a sua universalizabilidade com a solidez dos parâmetros estabelecidos na análise. Caso as condicionantes relevantes encontrem-se preenchidas em outra relação jurídica, a solução aplicada em casos similares poderá ser a mesma.

O argumento contra a racionalidade dos sopesamentos não poderia, assim, basear-se simplesmente no fato de que valorações não definidas de forma cogente desempenham algum papel; ele teria que se referir à extensão desse papel. Neste ponto, é preciso salientar, em primeiro lugar, que há inúmeros sopesamentos que, no que diz respeito às valorações envolvidas, suscitam menos dificuldades que a interpretação clássica e, em segundo lugar, que esse argumento é, quando muito, adequado para demonstrar que sopesamentos têm um grau de racionalidade menor que interpretações. Mas ele não tem a força necessária para demonstrar a irracionalidade ou não-racionalidade dos sopesamentos. O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão freqüentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro "de forma precipitada". De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática. Também não é procedente a objeção segundo a qual não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma "fórmula vazia". Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia. A

⁶⁹ GUEDES, Néviton. *Princípio da concordância não contraria a ponderação de bens*. Revista Consultor Jurídico, 14 abril 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>.

recorrente objeção do irracionalismo já foi refutada. Já a tese segundo a qual os sopesamentos conduziram a "decisões particulares" é, no mínimo, equivocada. Na medida em que as decisões de sopesamentos são decisões judiciais, é claro que elas são proferidas, em geral, para a solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade. No modelo aqui defendido, ambos estão associados. Também não é procedente a objeção segundo a qual, no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra outra. Um princípio é contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento.⁷⁰

Nessa linha, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que na teoria da argumentação de Robert Alexy é possível identificar a racionalidade no uso da ponderação, sendo uma construção jurídica que fundamenta uma decisão que faz um juízo axiológico de direitos fundamentais no caso concreto.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy lança luz sobre os seus estudos em torno dos direitos fundamentais, em especial no que toca ao problema das colisões entre estes. A sua teoria da argumentação permite afirmar que o exercício da ponderação – método para aplicar normas-princípios – tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica. Daí Alexy asseverar que “há um procedimento racional de ponderação”. Esse procedimento é dado pela teoria dos princípios jurídicos, desdobramento da sua teoria da argumentação jurídica.⁷¹

Paulo Gustavo Gonet, ainda, destaca que “Os princípios cobram a sua mais ampla realização no ponto de vista das possibilidades de fato”⁷². Essa assertiva remete à otimização dos direitos fundamentais, pois, como já dito, em razão de poderem estar contidos em normas de natureza principiológica e, conseqüentemente, haver uma dificuldade de solidificar o seu campo de incidência nos fatos jurídicos, a sua concretização deve ter a maior amplitude possível, como defende Hesse.

Essa otimização, já tanto citada, refere-se à otimização de um direito fundamental, ou seja, a concretização, a realização de um direito fundamental na maior medida possível. A concretização de direitos fundamentais pode culminar em uma situação fática em que na realização desses direitos entrem em choque. Para

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 173.

⁷¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 166.

⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 171.

preservar a produção dos efeitos de ambas normas fundamentais as possibilidades fácticas e jurídicas presentes no caso concreto devem ser avaliadas e as medidas mais adequadas devem ser tomadas, atentando-se constantemente à essência de cada norma constitucional e aos critérios estabelecidos como relevantes. Sobre o tema José Joaquim Gomes Canotilho elucida:

A doutrina do direito constitucional pressupõe hoje uma metódica constitucional adequada. Em termos aproximados, a metódica constitucional procura fornecer os métodos de trabalho aos aplicadores-concretizadores das normas e princípios constitucionais. Através da metódica captam-se as diferentes funções jurídicas de uma lei fundamental, investigam-se os vários procedimentos de realização, concretização e cumprimento das normas constitucionais. À metódica constitucional caberá trabalhar e compreender o direito constitucional positivo (ex.: através da interpretação, qualificação e análise das normas), de modo a que o trabalho jurídico possa otimizar as normas e princípios do Estado de direito democrático constitucionalmente conformado.⁷³

Ainda, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que é necessária a utilização do princípio da concordância prática para a solução de conflitos entre direitos fundamentais:

as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. MULLER), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (HESSE).⁷⁴

Em síntese, o princípio da Concordância Prática de Konrad Hesse fixa que a aplicação de uma norma constitucional deve-se dar de modo harmonioso com as demais, buscando a realização na maior medida possível de direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Ainda que essa conceituação destaque o peso das singularidades de um fato jurídico específico, não se deve afastar a importância de critérios abstratos que direcionam a aplicação do princípio. A ponderação será o instrumento que possibilitará a definição de parâmetros genéricos e específicos para o exame de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Com base nesses critérios,

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 7. ed. Coimbra: Almedina Coimbra, 1997. p. 132.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 7. ed. Coimbra: Almedina Coimbra, 1997. p. 647.

uma norma contextualmente situada perderá ou ganhará coerência em comparação à outra. Assim os elementos a serem observados a partir da concordância prática são a necessidade de haver limitações às normas fundamentais, a proporção em que cada norma será limitada, a preservação do núcleo essencial da norma e a busca pela máxima otimização das normas envolvidas em conflito.

3 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815

O Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de junho de 2015, julgou a ADI n. 4815, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL.

Regulada pela lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, uma ação direta de inconstitucionalidade “*tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal*”⁷⁵. Ela tem como fundamento o art. 102, inciso I, alínea “a”⁷⁶ da Constituição Federal, seu conteúdo decisório possui efeito *erga omnes* e vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, em todas esferas estatais.

Nesta ação, a ANEL teve por objetivo “a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002⁷⁷ (Código Civil)”⁷⁸, defendendo a inexigibilidade de autorização prévia para a publicação de obras biográficas.

Em sua argumentação, a Associação alegou, em síntese, que apesar do:

[...] pretensão propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV).⁷⁹

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁷⁶ Art. 102, inc. I, alínea “a” - “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.” BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2016.

⁷⁷ BRASIL, Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 set. 2016.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho

Destacou, ainda, que pessoas que tiveram aspectos de sua vida tomados por dimensões públicas possuem uma esfera menor de privacidade e intimidade. Afirmou, por fim, que a mercantilização da informação, em razão da venda de licenças para publicação de biografias, distorce a interpretação que vem sendo dada aos arts. 20 e 21 do Código Civil, prejudicando o papel que essas obras possuem na construção da memória nacional.

A Presidente da República manifestou-se pela improcedência da ação.

Em sua argumentação, asseverou que não se pode ter desequilíbrio entre direitos igualmente fundamentais, devendo-se observar os limites do exercício do direito à liberdade de expressão, de informação e de manifestação. Afirmou que o respeito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada e à honra e à imagem são condicionantes para o exercício da liberdade de expressão. Por fim, defendeu que a veracidade do fato narrado e a existência de interesse público devem ser observados na ponderação entre esses direitos.

O Senado Federal defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, declarando não haver proibição de biografias não autorizadas. Afirmou, ainda, que o ordenamento jurídico não permite a exploração comercial não autorizada da imagem das pessoas e não a circulação e obras biográficas não autorizadas.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência da ação asseverando que o acolhimento do pedido formulado pela Autora garantiria a tutela adequada da liberdade de expressão e do direito à informação, não causando danos desproporcionais aos direitos de personalidade do biografado.

Na audiência pública realizada em 21 de novembro de 2013, várias entidades e órgãos se manifestaram, dentre os quais:

O Ministério Público asseverou que a questão central seria a necessidade de licença prévia de familiares ou de pessoas próximas ou sucessores para a publicação de determinada biografia.

A Academia Brasileira de Letras manifestou-se no sentido de que as biografias são fontes históricas e que os arts. 20 e 21 do Código Civil afrontariam a liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e o direito à informação.

A Associação Brasileira dos Constitucionalista Democratas destacou o julgamento da ADPF 130⁸⁰, de 2009, para afirmar que todos têm o direito de expressar o que pensam e que apenas posteriormente é possível tomar medidas judiciais para proteger direito da personalidade, concluindo que toda censura é inconstitucional.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 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, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM 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. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. ADPF 130. Tribunal Pleno. Arguente: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Arguidos: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL. Intimados: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS PROFISSIONAIS – FENAJ, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA – ABI e ARTIGO 19 BRASIL. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 23 set. 2016

A União Brasileira de Escritores afirmou que a expressão “divulgação de escritos” não incluiria biografias, mas apenas escritos pessoais, não sendo necessário a autorização prévia para o caso de obras biográficas.

A Universidade Federal do Rio de Janeiro manifestou-se no sentido de que a censura prévia reduz a acessibilidade do cidadão ao conhecimento da sociedade.

A Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão afirmou que o caso seria importante para resolver uma das três situações mais comuns discutidas no judiciário, quais sejam o uso de dados privados e imagens de pessoas para fins informativos pela imprensa, caso em que a jurisprudência tem sido favorável à livre expressão; uso da imagem para fins publicitários, caso em que a jurisprudência se posiciona de forma contrária ao anterior, prevalecendo o direito à proteção da imagem; e processos relativos a filmes e livros biográficos.

Os Representantes da Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados - Seccional de São Paulo destacaram a importância das circunstâncias específicas do caso concreto, demonstrando que não há hierarquia entre direitos constitucionais em abstrato. Citaram, ainda, a ADI 4.451⁸¹ e o Caso Ellwanger⁸² (Habeas Corpus 82.424) como exemplos da necessidade do acesso a parâmetros do caso concreto para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

O Instituto Palavra Aberta asseverou que desde 1644 já era trabalhada a importância de não haver censura para a publicação de obras. À época John Milton teria sido o precursor da liberdade de expressão, com sua obra “Areopagítica”.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. ADI 4.451. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT. Requeridos: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL. Intimado: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. HC 82.424/RS. Tribunal Pleno. Paciente: SIEGFRIED ELLWANGER. Impretante: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER. Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 23 set. 2016.

Newton Lima (Deputado Federal) afirmou que “Fatos conhecidos ou públicos não deveriam ser impedidos de serem divulgados, sob pena de se tolher a liberdade de expressão”.

O Sindicato Interestadual da Indústria Áudio Visual defendeu que o direito à resposta, a indenização financeira ou a reparação na esfera criminal, bem como outras medidas a posteriori, seriam cabíveis, mas não deve haver medida prévia a consumação do ato ilícito.

Ronaldo Caiado (Deputado Federal) buscou demonstrar que a proposta da Lei 9.099/95, que tem por base a exclusão do trecho ofensivo em reproduções futuras da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal, é a medida adequada. Acresceu que sempre deve estar identificado o autor nas obras, para possibilitar o direito de defesa do agredido.

Marcos Rogério (Deputado Federal) citou a decisão do Recurso Especial nº 521.697/RJ⁸³, destacando que as obras biográficas não teriam legitimidade para retratar a esfera íntima e privada do biografado, pois a mesma estaria sem o elemento que configura os aspectos que devem ser retratados em uma obra biográfica, o interesse público.

O Sindicato Nacional dos Editores de Livros asseverou que as figuras públicas fazem parte da história social e devem ter suas histórias contadas, independentemente de licença ou censura.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido. RESP 521.697/RJ. Quarta Turma. Recorrente: EDITORA SCHWARCZ LTDA e MARIA CECÍLIA DOS SANTOS CARDOSO E OUTROS. Recorridos: Os mesmos. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=521697&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC&p=true>. Acesso em: 23 set. 2016.

O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro mencionou casos de adolescentes que tiveram fotos ou vídeos de momentos íntimos divulgados e cometeram suicídio em decorrência dessa divulgação. Afirmou que o erro contido na circulação de informações não deve ser o único ponto a ser analisado, deve-se averiguar a existência de má-fé na circulação de tais erros.

O Ministério da Cultura destacou que para que as orientações normativas tenham presença na dinâmica social deve-se ser criativo, acrescentando que direitos não decorrem de circunstâncias particulares, mas do modo próprio de conceber a natureza humana como constituída pelo direito natural à liberdade.

A Associação Eduardo Banks sustentou que a vida não deve ser avaliada com base no passado, mas sim pela continuidade, pelas obras. Acresceu que a ANEL não possuía legitimidade para propor a ação.

O Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional posicionou-se a favor do direito de não ser necessária a autorização prévia para a publicação de obras biográficas, citando diversas figuras públicas que possuem uma diversidade de biografias nos EUA.

A Associação Paulista de Imprensa destacou a diferença entre a intimidade de um agente público e de uma pessoa anônima, ressaltando que deve ser um ponto a ser considerado na análise de obras biográficas. Ainda, para demonstrar seu posicionamento, citou Voltaire: "Haverei de lutar incansavelmente para que, mesmo não concordando com aquilo que você pronuncia, você tenha sempre o direito de falar".

João Ribeiro de Moraes (advogado) afirmou que as pessoas que foram retratadas em biografias devem ser ouvidas, sob pena de cerceamento de suas defesas.

A Ordem dos Advogados do Brasil asseverou que a publicação de obras biográficas não depende de consentimento, configurando a sua exigência uma forma de censura. Destacou que esconder equívocas ou erros de ídolos não adiciona nada à Nação, que poderia se beneficiar de seus erros, evitando cometer os mesmos.

Vários *amici curiae* foram admitidos no processo, que, no dia 10 de junho de 2015, ofereceram sustentação oral.

As questões centrais debatidas nesta ação dividem-se em: de um lado a garantia à liberdade de expressão⁸⁴ e o acesso à informação⁸⁵, e de outro o direito à inviolabilidade da intimidade⁸⁶, da privacidade⁸⁷, da honra e da imagem⁸⁸.

A Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI, votou no sentido de julgar procedente a ação direta para:

[...] dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas

⁸⁴ “a Constituição Federal de 1988 não adotou o termo liberdade de expressão como o gênero que abarca as diversas manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação (incluindo a liberdade de imprensa), a livre expressão artística, intelectual e científica, muito embora se possa considerar a livre manifestação do pensamento, como assumindo tal condição, visto que a manifestação do pensamento poderá ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas. Assim, tendo em conta o desiderato do presente texto, bem como a necessidade de guardar sintonia com as peculiaridades do direito positivo, seguir-se-á, o esquema e a terminologia consagrados no texto constitucional, atentando, contudo, para a circunstância de que o que está em causa é a liberdade de expressão, compreendida em sentido amplo, e que se decodifica em uma série de liberdades especiais.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 435-436.

⁸⁵ “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada pelos abusos que cometer.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

⁸⁶ “Segundo René Ariell Dotti, a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” DOTTI, René Ariel. “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”. São Paulo: RT, 1980. apud. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207.

⁸⁷ “A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 208.

⁸⁸ “A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade. A inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente, segundo Adriano de Cupis, que acrescenta: “Essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico – que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo -, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral”. MONREAL, Germán Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Apud. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209.

retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).⁸⁹

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto.

A importância dos direitos fundamentais se encontra na sua carga axiológica, que engloba diversos aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Aliado a essa importância o seu campo de ação é vasto e, não raro, os direitos fundamentais, como se pode identificar na ADI citada, entram em colisão.

Para solucionar essa colisão há necessidade de analisar singularidades do caso concreto, com o objetivo de chegar a uma resposta final que possa garantir a incidência de ambos direitos.

O uso da técnica jurídica de ponderação aliado ao princípio da concordância prática é um método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais que deve se fazer presente no desenvolvimento da fundamentação que justifica uma decisão pelo intérprete da Constituição. Sob essa ótica, a análise da ADI 4815 tentará identificar, na construção jurídica formulada pelo STF os elementos que permitem concluir pela aplicação da técnica da ponderação e do princípio da concordância, esse último sendo citado expressamente no voto do ministro Roberto Barroso como o resultado ideal da ponderação. Ao final, será analisado, também, se a fundamentação permitiu o estabelecimento de parâmetros que proporcionariam uma segurança jurídica no aspecto da metodologia utilizada para alcançar uma solução para o conflito.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

3.1 Voto da Ministra Cármen Lúcia

Em primeiro momento, a Ministra Cármen Lúcia elencou os dispositivos constitucionais que guardavam pertinência com o tema discutido na ADI, separando os relacionados ao direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem dos que se relacionam com o direito à liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade intelectual, artística, científica e cultural e o acesso à informação. Esse primeiro passo foi importante pois, ao limitar as balizas da análise a ser feita foi possível identificar as diretrizes constitucionais que foram tomadas como sustentáculo para a interpretação dos artigos do Código Civil cuja constitucionalidade foi questionada.

Ressaltou que a forma de condução da vida da pessoa biografada, afirmando que se deve diferenciar uma pessoa que tem grande parte de sua vida voltada ao público da pessoa que tem a maior parte dos aspectos de sua vida voltado ao privado. O âmbito de alcance do direito à intimidade e à privacidade irá variar de acordo com o tipo de vida que a pessoa, a qual se busca circular informações, leva.

Destacou a valia de uma obra biográfica para a sociedade. A obra biográfica possui pertinência com o aspecto histórico de uma sociedade, pois nela são retratadas histórias de vida, de referências para a sociedade como um todo, sejam elas boas ou ruins. A dinamicidade da sociedade pode estar, em parte, contida na obra. As mudanças sociais, as forças por trás dessas mudanças podem estar muitas vezes na história de vida de uma pessoa. O interesse público está ligado a histórias de pessoas que tiveram papel importante na construção do presente.

Após considerar esses critérios, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu que a autorização prévia e o recolhimento de obras biográficas após sua publicação não são cabíveis⁹⁰.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 122. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

Afirmou que o temor por enganos e fraudes é compreensível, mas que há de se viver com eles, não afastando a possibilidade de reparação na proporção do dano causado.

Concluiu que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais e que normas constitucionais não podem ser anuladas por outra norma constitucional, por emenda tendente a abolir direitos fundamentais e, menos ainda, por norma de hierarquia inferior.

Ao final votou pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade 4815.

3.2 Voto do Ministro Luis Roberto Barroso

O Ministro Luis Roberto Barroso também afirma que inexistente hierarquia entre normas constitucionais, acrescentando que elas devem conviver harmoniosamente.

Apontou que a técnica da ponderação é a forma predominantemente adotada no Direito para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Ainda, acrescentou que “o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas”⁹¹.

Nessa linha, defendeu que as normas ora impugnadas, arts. 20 e 21 do Código Civil, importam em uma submissão do direito da liberdade de expressão e à informação ao direito à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra.

Em defesa da liberdade de expressão, afirmou que essa possui preferência dentro do sistema constitucional brasileiro. Como fundamentos dessa preferência, citou que o histórico da liberdade de expressão no Brasil é acidentado, sendo necessária sua afirmação e reafirmação como um direito que deve ser garantido.

Ainda, asseverou que o direito à liberdade de expressão é um pressuposto para exercer outros direitos, justificando a sua preferência.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 142 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

Por fim, destacou a importância que a liberdade de expressão tem para a compreensão da história e a conservação da memória nacional.

Destacou três consequências de se estabelecer a premissa de que o direito à liberdade de expressão possui uma primazia *prima facie*. Em primeiro lugar, deve-se transferir o ônus argumentativo para quem procura afastar a incidência da liberdade de expressão. Em segundo lugar, afirmou a necessidade de se fazer um exame minucioso de qualquer manifestação no sentido de cercear a liberdade de expressão. Em terceiro lugar, afirmou que em regra há a proibição da censura prévia ou da licença, citando os arts. 5º, inciso IX, e 220, § 2º, da Constituição Federal⁹².

Ao mesmo tempo, garantiu que a posteriori são vários os mecanismos de defesa de quem teve a sua intimidade e privacidade violada, como a retratação, retificação, direito de resposta, indenização e a responsabilização penal⁹³.

Também destacou que há a possibilidade de ser ilegítima a publicação de certa informação, a depender do modo como ela foi obtida. Citou a invasão de domicílio e a interceptação clandestina de telefone, a título exemplificativo de situações que poderiam comprometer a divulgação de certas informações⁹⁴.

Ainda asseverou que mentiras dolosas e deliberadas podem gerar a ilegitimidade de divulgação de um fato. Porém, afirmou que o Judiciário só deve intervir em caráter de exceção, mesmo no caso de mentiras dolosas ou nos casos citados no parágrafo anterior.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 147 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 148 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 148-149 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

Ofereceu reflexão sobre o papel da liberdade de expressão, como garantia de democracia, mas nem sempre de verdade ou justiça, ponderando que na vida é necessário conviver com certo grau de inverdade e injustiça⁹⁵.

Ao final de seu voto, acompanhou a Relatora, destacando que as consequências para a cultura, a história e ao mercado editorial brasileiro seriam ruins se prevalecesse a interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil de que é necessária a autorização prévia para a publicação de obras biográficas.

3.3 Voto da Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber começou acentuando o papel da biografia na construção da memória do povo.

Retomou o fundamento do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, referente à incompatibilidade com a Constituição de restrições ao exercício da liberdade de expressão, opinião, manifestação do pensamento e imprensa⁹⁶.

Asseverou que a regra é a interdição de interferências ao exercício da liberdade de expressão, sendo possível apenas mediante situações excepcionais qualquer atenuação da mesma. Justifica esse posicionamento ao afirmar que não cabe a prática de cercear a liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, pois essa liberdade é um dos seus alicerces.

Destacou que o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão é irreduzível, contemplando em seu campo os direitos de informar, ser informado, ter e emitir opiniões e fazer críticas. Desse modo a prévia autorização para publicação de

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 149 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 182-186 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

obras biográficas atentaria diretamente contra o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão⁹⁷.

Afirmou que o direito à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra possuem defesa pela Constituição, mas que se deve pensar sobre a extensão desses direitos. Caracterizou a defesa desses direitos como estrutura indispensável nas sociedades democráticas.

Salientou que o direito à liberdade de expressão e à privacidade não se contradizem, possuindo na realidade uma relação de complementação⁹⁸. Essa complementação seria a proteção de diferentes dimensões da personalidade humana. Defendeu haver a necessidade de um espaço para o pensamento independente poder aflorar, o espaço privado, e, ao mesmo tempo, destacou que sem esse espaço a liberdade de expressão não teria sentido. Nessa linha, afirmou que “a melhor hermenêutica constitucional é a que afirma o caráter sistemático, harmônico, e não excludente dos direitos fundamentais”⁹⁹. Concluindo pela necessidade de buscar uma solução que respeite o âmbito de proteção de todos preceitos constitucionais envolvidos.

Por outro lado, ressaltou que o direito à privacidade não deve oferecer obstáculo para a publicação de interesse social ou público, exatamente por não estar sob sua defesa os aspectos gerais e públicos das informações.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 189 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 191 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 192 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

No caso de pessoas públicas, afirmou não ser possível a grande resistência de publicação de informações de interesse público e geral. Não seria proporcional a restrição de informações de interesse público ainda que teoricamente fundada na proteção da honra ou da imagem de pessoa pública¹⁰⁰.

Fez uma diferenciação no limite da crítica aceitável quando direcionada a um agente público, situação em que teria um limite maior, e a uma pessoa pública que não agente público, situação em que o limite de crítica aceitável seria menor.

Finalizou destacando o dano para o estudo da história, das ciências sociais, da antropologia e da filosofia, que o confinamento da atividade intelectual do biógrafo causaria, votando no sentido de julgar procedente o pedido da ADI.

3.4 Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux afirmou que a autorização prévia é uma verdadeira censura obstativa do exercício da liberdade de informação¹⁰¹.

Em contrapartida, defendeu que o supremo não busca permitir que seja dito tudo o que se quer em uma biografia sem a devida responsabilização do que se enquadraria em difamação, degradação¹⁰².

Asseverou que a figura pública, quando ganha publicidade, aceita a notoriedade que, junto de benefícios, traria a possibilidade de ter sua vida retratada

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 196 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 200 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 200 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

em obras biográficas pelo reconhecimento e interesse social¹⁰³. Em consequência dessa notoriedade, a sua reserva de privacidade diminui.

Afirmou que a Constituição estabelece que não permite que a manifestação da informação sofra qualquer restrição. Desse modo estaria configurada a contrariedade dos arts. 20 e 21 do Código Civil em face da Constituição, por caracterizar uma restrição às obras biográficas a exigência de autorização prévia.

Asseverou que a censura prévia atentaria contra o núcleo essencial do direito de liberdade de expressão e de informação¹⁰⁴.

Ao final, acompanhou integralmente a ministra relatora.

3.5 Voto do Ministro Dias Toffoli

O ministro Dias Toffoli começou buscando limitar o objeto do presente processo, que seria a necessidade de autorização de biografado ou de pessoas descritas como coadjuvantes da história ou familiares para a publicação de obras biográficas. A delimitação teve como objetivo delimitar o campo de discussão em relação aos arts. 20 e 21 do Código Civil.

Em ato contínuo, destacou que ao relatar a trajetória de vida de uma pessoa a biografia iria adentrar aspectos da vida privada da pessoa.

Asseverou que a obra biográfica possui grande valor histórico e cultural, sendo “fonte de informação e forma de expressão artística, literária e histórica”¹⁰⁵.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 201 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 206 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho

Atribuiu a necessidade de prévia autorização para publicação de uma obra biográfica, de uma forma geral e abstrata, uma precedência absoluta do direito à intimidade em detrimento da liberdade de expressão.

Destacou que a Constituição, em seu art. 220, proíbe qualquer forma de restrição à manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação. Reforçando a ideia de que, como regra geral, não devem ser admitidas restrições ao exercício da liberdade de expressão¹⁰⁶.

Cita Daniel Sarmiento para afirmar que “apenas em hipóteses excepcionais admitem-se restrições prévias à liberdade de expressão, as quais devem estar fundadas numa ponderação com outros direitos ou bens jurídicos contrapostos”¹⁰⁷.

Relembrou voto proferido na ADI 2.404, que tratava da constitucionalidade do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na oportunidade, afirmou que o conteúdo do art. do Estatuto da Criança e do Adolescente ora impugnado era inconstitucional por configurar hipótese de censura prévia, pelo seu teor restritivo e não indicativo.

Asseverou, também, que no julgamento da ADPF 130 o direito da liberdade de expressão restou definido “como decorrência imanente da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação/potencialização de outras liberdades constitucionais”¹⁰⁸.

de 2015. P. 218 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 227 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 227 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho

Ao final, acompanhou a ministra Relatora.

3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes fez singular apontamento relativo à inexistência do caráter absoluto de qualquer direito¹⁰⁹.

Em continuidade, afirmou que em razão disso se deve entender que a liberdade de expressão comporta restrições. Essas restrições encontrariam fundamento no princípio da unidade da Constituição e no art. 220 da Constituição¹¹⁰.

Ao esclarecer esses pontos, concluiu que a exigência de prévia autorização geraria grandes danos à liberdade de comunicação e de expressão.

Afirmou a existência de outros meios de reparação, que não apenas a indenização, como o direito a resposta e até mesmo o impedimento de circulação da obra.

Acresceu, ainda, haver a possibilidade de sustar a publicação de uma obra.¹¹¹ Ocorre que essas medidas não devem ser tomadas *a priori*, afirmando que seu posicionamento está na impossibilidade de exigência de autorização prévia para publicação de obras biográficas.

Ao final, o ministro acompanhou a ministra relatora.

de 2015. P. 229 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 247 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 247 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 232-233 Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

3.7 Voto do Ministro Marco Aurélio

O ministro Marco Aurélio não juntou voto escrito, mas em manifestação no Plenário asseverou que o que é escrito em uma biografia não é uma verdade insuperável, há como oferecer contra resposta a alegações ou informações constantes na biografia. Ao mesmo tempo, ressaltou que a censura é uma medida incabível.¹¹²

Destacou que a privacidade de um homem público não é a mesma de um cidadão comum, em razão da projeção no campo social que uma pessoa tem em razão de sua notoriedade, mesmo parâmetro citado pela ministra relatora¹¹³.

Apontou que os direitos devem ser resguardados, mas que se deve aguardar a violação do direito à intimidade para que, posteriormente, alguma medida seja tomada para indenizar a pessoa que sofreu o dano.

Ainda, afirmou que os interesses coletivos prevalecem em face de direitos individuais, com base em um sopesamento de valores¹¹⁴.

Ao final, o ministro acompanhou a ministra relatora.

3.8 Voto do Ministro Celso de Mello

Não consta do inteiro teor do acórdão o voto oralizado pelo Ministro Celso de Mello¹¹⁵.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 255 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 257 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 258 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

3.9 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski ressaltou em seu voto a complexidade do problema tratado em relação a danos que podem ocorrer ao biografado e suas pessoas próximas em razão de mentiras veiculadas por meio de publicação de biografais, mas que essa problemática não deve fundamentar a existência de censura prévia.

Adiciona que, em regra, deve ser afastada a censura prévia, havendo plena liberdade de publicação de biografias. Acresce que cada caso possui suas peculiaridades, de modo a agir do Judiciário deve ocorrer apenas após a publicação de uma obra e não de forma preventiva.

Por fim, acompanhou a ministra Relatora, afirmando ser sua tese que a liberdade de expressão não comporta nenhum tipo de censura prévia e que a concretização dos direitos fundamentais deve ser garantida pelo Judiciário.

3.10 Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara¹¹⁶.

3.11 Análise dos votos proferidos na ADI 4815

Sob a ótica de cada um dos direitos já citados, os Ministros buscaram demonstrar a possibilidade ou não de se exigir a autorização prévia para a publicação de biografias.

De fato, como estudado até o momento, para dirimir conflitos entre direitos fundamentais há de se avaliar diferentes perspectivas. Uma autorização prévia, sob

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. P. 260 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁶ Informação retirada do diário oficial do Supremo Tribunal Federal, constante em sua página 23. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=8771957&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20124%20-%202025/06/2015>.

a perspectiva do direito à intimidade, poderia parecer razoável. Ao mesmo tempo, diante o direito da liberdade de expressão, a censura mostrou-se uma medida que violaria seu núcleo essencial.

Como primeira premissa, os Ministros destacaram a evolução histórica dos direitos ora examinados, demonstrando a importância da liberdade de expressão, do acesso à informação, do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem no Brasil. O dever ser, a força normativa de um dispositivo constitucional, guarda relação com o papel histórico que seu conteúdo desempenhou para garantias de direitos de uma sociedade.

A história nos permite aprender e não cometer novos erros. Não se pode desconsiderar a representatividade que um direito teve no passado. Assim como se deve atentar para sua importância ao caso concreto. Deve-se destacar que a construção histórica do direito não permite um juízo abstrato de valor, a sua importância está na relação que o dever ser dos dispositivos constitucionais tem com a realidade fática. O que uma norma pretende não pode estar em divergência com o que uma sociedade tem demonstrado buscar conquistar.

Segunda premissa ressaltada pelos Ministros foi a forma de condução da vida da pessoa biografada. Entre uma pessoa que tem a sua a vida voltada ao público e outra que não tem, há uma diferença no alcance de proteção do âmbito privado de cada uma. Essa assertiva demonstra ser fator relevante a delimitação do núcleo essencial do direito à intimidade levando em consideração a condição do biografado. Vale ressaltar que essa diferença não é clara e dependerá de um caso concreto para se avaliar outras questões, quais sejam a pertinência de uma informação com a imagem pública do biografado e com a atividade que o faz ter notoriedade.

Não se deve, a título de ser uma pessoa pública, lançar luz a todos setores de sua vida. Independentemente de quem seja, um grau de intimidade todos têm direito. Ocorre que esse grau diminui a depender da presença de interesse social na informação que se busca veicular. Tendo a informação relação com o campo de atuação que gerou notoriedade ao biografado, sua veiculação não seria uma afronta ao direito à intimidade. Ao mesmo tempo que, não guardando relação com dito campo, a informação poderia violar a intimidade do biografado. A coerência desse

parâmetro adotado está no interesse da sociedade de se informar e ter acesso às informações de alguém que se beneficia da exaltação das pessoas.

Terceiro parâmetro destacado pelos Ministros foi a valia que uma obra biográfica tem para a sociedade. Nesse ponto, o valor de uma obra biográfica deve se fazer presente na busca de uma solução para o caso, sem afastar da análise a esfera da intimidade do biografado, que deverá ser delimitada a partir de sua vida pública. Apenas o conteúdo que possui vínculo com a vida pública do biografado é que seria coerente de ser retratado na obra biográfica. Nesse sentido, a biografia apresenta aspecto que se alinha com o acesso a informação e a liberdade de expressão, por ser uma obra que pode ter grande relevância histórica, cultural e social.

Os Ministros afastaram a autorização prévia como medida de defesa da intimidade e da privacidade de alguém. Ao concluir dessa maneira, de forma genérica, os parâmetros antes propostos, referentes ao biografado ter ou não vida pública, o objeto de uma biografia e o interesse público nas informações referentes a uma pessoa que possui notoriedade, ficaram excluídos de uma possível análise da autorização prévia como defesa da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, em tempo anterior a um dano. Assim, o STF afirmou que é necessário averiguar o que gera a notoriedade do biografado para avaliar a coerência do conteúdo de uma biografia, mas apenas posteriormente à configuração de um dano. A averiguação do aspecto notório de um biografado não seria feita previamente à publicação.

Esses parâmetros serviriam, de acordo com a decisão no julgado, apenas para a averiguação se há ou não a possibilidade de indenização do biografado. Cumpre destacar que, comprovado o dano subjetivo sofrido pelo biografado, a condenação provavelmente não irá restaurar o *status quo ante*. Um dano causado à imagem de uma pessoa não será sanado por quantia em dinheiro à título de indenização.

Na linha decidida pelo STF, não é cabível uma medida preventiva e a medida a posteriori não retorna o biografado ao estado anterior ao dano sofrido em razão das informações veiculadas em obra sem sua prévia autorização. Conclui-se que

restou uma insegurança quanto a garantia à proteção da intimidade. Se não há como prevenir danos à intimidade, em razão de ser considerada censura qualquer medida prévia referente à publicação de obras biográficas, não há como garantir a inviolabilidade da vida privada de uma pessoa.

A resistência à ideia de medida prévia que possa representar óbice às partes de uma obra biográfica, e apenas a defesa *a posteriori* da privacidade, da honra, da imagem e da intimidade acabam por reduzir a eficácia desses direitos. Ainda que diversas as medidas cabíveis posteriormente ao dano, como a retratação, a retificação, o direito de resposta, a indenização e a responsabilização penal, elas não são capazes de sanar completamente o malefício causado pela publicação de informações referentes à intimidade do biografado.

A defesa de um direito fundamental não pode ser limitada ao momento posterior a sua violação. A concretização plena dos direitos fundamentais, por terem relação direta com o princípio da dignidade humana, deve ser buscada a todo momento e não apenas ao serem violados. Ao ser exposta, a intimidade de uma pessoa não poderá ser restaurada completamente. Indenização não possui a capacidade de desmentir ou apagar o que foi dado a público.

Em razão da ausência de medida eficiente para propiciar a inviolabilidade da intimidade de uma pessoa, deve-se analisar cada caso para considerar eventual restrição na publicação de parte ou de toda uma obra biográfica como censura.

Não se pode considerar qualquer tipo de análise prévia de uma obra como censura. O combate ao abuso do direito de liberdade de expressão não deve ser considerado censura.

Configura-se abuso da liberdade de expressão o ato de veicular informações referentes à intimidade de uma pessoa sem a sua autorização, sendo necessário o impedimento da consumação desse ato, previamente à configuração de um dano.

Esse raciocínio estaria de acordo com o princípio da concordância prática de Hesse, pois ao analisar o caso concreto é que seria possível atenuar a incidência de um direito fundamental em razão de outro, tendo como base os parâmetros

estabelecidos como relevantes no caso da colisão entre liberdade de expressão e inviolabilidade da intimidade em obras biográficas. Inclusive, o ministro Roberto Barroso aponta ser necessário, ainda que de forma idealizada, a busca pela concordância prática nos casos de conflitos entre direitos fundamentais¹¹⁷.

Ao afirmarem que a única medida prévia de defesa em face de possíveis danos das informações veiculadas em uma biografia importam em uma preferência entre direitos fundamentais, por se tratar de censura, os Ministros afastaram a possibilidade de se exigir a autorização prévia. Essa interpretação deixa vulnerável a defesa da vida privada das pessoas. Ainda que as biografias sejam importantes para uma sociedade em geral, nos aspectos históricos e culturais, os direitos individuais dos biografados não podem ser afastados completamente até a ocorrência de um dano à sua pessoa.

Ainda que as normas constitucionais não possam ser afastadas por normas de mesma hierarquia deve-se, com base no princípio da unidade da Constituição, interpretá-las harmonicamente. O art. 220 da Constituição brasileira dispõe que “*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*”¹¹⁸.

Ao examinar o art. 220 pode-se identificar que para não haver restrição se deve observar o disposto na Constituição e o artigo 5º, inc. X, dispõe “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito*

¹¹⁷ “Dito isso, a ponderação, embora existam diversos autores que tratem do assunto, tal como eu a pratico, é uma forma de estruturação do raciocínio que se desenrola em três etapas. Na primeira delas, verificam-se quais são as normas que postulam incidência sobre aquela hipótese. No nosso caso concreto, são as normas que protegem a liberdade de expressão e o direito de informação, e as normas que protegem a privacidade, a imagem e a honra. A segunda etapa da ponderação exige que se verifiquem quais são os fatos relevantes. E, na terceira e última etapa, testam-se as soluções possíveis. E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 142 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 11 jun. 2016.

*a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*¹¹⁹, demonstrando que mesmo afastado o conteúdo dos artigos 20 e 21 do Código Civil, existe fundamento no texto constitucional para oferecer restrições a certas informações.

Ponto que é necessário destacar no voto do ministro Roberto Barroso, foi o de se estabelecer a liberdade de expressão como uma norma preferencial. Ora, afirmar que em abstrato a liberdade de expressão possui preferência diante outros direitos fundamentais se assemelha a uma hierarquização de direitos constitucionais, ainda que apenas com o intuito de transferir o ônus argumentativo para quem deseja afastar a incidência da liberdade de expressão. Não havendo hierarquização, não é possível ter certeza de qual direito irá prevalecer diante colisões entre direitos fundamentais. O Ministro buscou fundamentar essa preferência em razão da constante violação do direito à liberdade de expressão na história do Brasil. Ocorre que essa fundamentação seria o mesmo que afastar o papel que as outras normas tiveram na história brasileira. Todos direitos fundamentais desempenham papel relevante na sociedade.

O Ministro Roberto Barroso deixou de analisar o papel histórico do direito à intimidade e à privacidade e das garantias atreladas a eles, exaltando a importância da liberdade de expressão e apresentado um juízo abstrato de sua preponderância diante os demais.

Esse pensamento vai de encontro com o princípio da unidade da Constituição, sendo necessário levar em conta os outros direitos para chegar a uma conclusão de preferência pela liberdade de expressão em um caso concreto, o que não ocorreu.

O Supremo Tribunal tratou também da possibilidade de uma divulgação ser ilegítima quando as informações forem adquiridas de modo ilícito ou mentira dolosa e deliberada fizer parte da divulgação de um fato.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 11 jun. 2016.

Ocorre que não ofereceram nenhum modo de controle antes da publicação. Ou seja, ainda que uma situação tenha similitude com os casos em que é possível julgar a divulgação como ilegítima ou ilícita, a proteção dos direitos fundamentais da intimidade, honra, imagem e privacidade iriam adentrar a equação após a ocorrência do dano.

Admitir apenas medidas reparatórias e não preventivas significa dizer que apenas quando ocorrer um dano ou uma violação aos direitos acima tratados é que se tornará possível tomar alguma providência para solucionar a situação.

A questão central é trabalhar com a possibilidade de medidas preventivas serem tomadas para assegurar outros direitos diante da colisão com a liberdade de expressão e acesso à informação. De certo modo, é contraditório a assertiva de inexistirem direitos absolutos e ao mesmo tempo se afastar a possibilidade de qualquer tipo de restrição prévia à publicação de uma obra e, conseqüentemente, à liberdade de expressão, para garantir outro direito fundamental. A prevenção de danos à pessoa que venha a ser vítima de mentiras ou divulgação de informações adquiridas de forma ilícita não pode ser desconsiderada em razão da garantia à liberdade de expressão, exatamente por que mentiras e informações adquiridas de forma ilícita serem modalidades abusivas do próprio exercício da liberdade de expressão.

Quanto ao núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, o Tribunal, ao delimitar que o núcleo essencial do direito em questão, o fez na ausência de um caso concreto, o qual possibilitaria identificar a notoriedade da figura do biografado e se o conteúdo da biografia guardava relação com o aspecto notório da figura do biografado.

Deve-se identificar a vida que o biografado leva para poder delimitar quais informações de fato são pertinentes ou não para encontrarem proteção na liberdade de expressão e no acesso a informação. Sendo o biografado uma figura pública e a informação que se busca veicular está relacionada à sua notoriedade pública, essa teria a guarda da liberdade de expressão. Já o conteúdo referente à intimidade do biografado deve ser respeitado. Em sede de colisão, os núcleos fundamentais dos

direitos em conflito devem ser definidos em conjunto e harmonia, de outro modo não há como apresentar uma solução satisfatória para a colisão.

Afirmar que a autorização prévia atenta contra o núcleo essencial do direito de liberdade de expressão é concluir pela impossibilidade da relativização do núcleo essencial de direitos fundamentais, pois ausente no caso parâmetros que possibilitassem a delimitação do núcleo essencial

O direito fundamental deve ser atenuado de acordo com a preservação de seu núcleo essencial em cada caso concreto. Na ADI 4815 não foram fornecidos parâmetros que permitissem a delimitação dos núcleos essenciais. Esses parâmetros, como o biografado e a obra biográfica, possibilitam fundamentar uma ponderação que busca a concordância prática.

Nos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli¹²⁰ restou afirmado ser necessário diferenciar o conjunto de informações que guardam relação com a intimidade do biografado daquelas que guardam relação com a notoriedade pública do mesmo.

Nesse ponto, cumpre destacar a existência de uma diferença entre a amplitude do considerado como íntimo e privado de uma pessoa vária de acordo com o tipo de pessoa que ela é (se pública ou anônima). O núcleo essencial do direito varia junto dessa característica da pessoa, aproximando-se a ideia de um núcleo essencial relativo, que depende do caso concreto.

Nos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, também foi afirmado que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão¹²¹.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 98-102, 169, 171, 184, 190 e 226. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL. Intimados:

Sendo assim, pode haver preferência da liberdade de expressão, como regra geral, perante outros direitos, mas o contrário não? Afirmar que não se deve haver uma precedência do direito à intimidade em detrimento ao da liberdade de expressão e não admitir restrições prévias como regra geral à liberdade de expressão é contraditório. Há uma diferenciação que se assemelha à uma hierarquização entre esses direitos. Essa ideia é contrária ao princípio da concordância prática.

Ao estabelecer que um direito fundamental deve ser afastado, em abstrato, em razão de outro direito fundamental não se está a otimizar resultados. Em dado momento, o direito à intimidade estará afastado da questão e apenas será considerado ao ocorrer um dano ao biografado. Desse modo, a concretização da inviolabilidade da intimidade estará condenada a não possuir eficácia, não possuirá força normativa.

Por esse julgado, não há uma defesa do direito à inviolabilidade da intimidade das pessoas, mas sim uma indenização caso essa intimidade seja violada, em contrariedade ao que consta na Constituição.

A ideia de não haver a defesa da inviolabilidade da intimidade antes da publicação de uma obra e, conseqüentemente, de um possível dano é afastar a harmonização de direitos fundamentais. Primeiro, por haver um juízo em abstrato de direitos fundamentais, contrariando não só a ausência de hierarquia entre os direitos fundamentais como também o princípio da unidade da constituição. Segundo, por afastar a incidência do direito à inviolabilidade da intimidade em momento anterior a ocorrência de um dano à esfera privada da vida de uma pessoa.

Com uma modalidade de garantia que antecede ao possível dano, os direitos envolvidos em colisão encontrariam a possibilidade de se realizarem na maior amplitude possível. A autorização prévia poderia ser uma forma de defesa do biografado antes de um possível dano. Ainda que a autorização prévia seja afastada, se deve buscar outra forma preventiva de evitar um dano. O que não pode

PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. p. 69, 82, 188, 194, 209, 226 e 265. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 23 set. 2016.

ocorrer é o biografado apenas receber uma retratação após uma violação da sua intimidade. A possibilidade do biografado se prevenir de algum dano resultaria na otimização do direito à inviolabilidade da intimidade, que é a finalidade da harmonização de direitos conflitantes.

O que deveria estar sob o crivo do Poder Judiciário seriam as autorizações, pontualmente. As autorizações prévias que negassem certo conteúdo ou informações em obras deveriam ser fundamentadas e postas em questionamento no Judiciário.

Não se deve abolir a exigência de uma defesa prévia à intimidade de um biografado, de modo que uma pessoa que é objeto de uma obra não possua uma maneira de se defender antes da publicação e, conseqüentemente, de um possível dano.

Na ADI 4815, uma ação de controle abstrato, as singularidades de um caso concreto não estão presentes, sendo impossível estabelecer um posicionamento no sentido de atenuar o valor de um direito fundamental em favor de outro, como foi feito pelos ministros do STF.

Em uma ação de controle abstrato, em se tratando de colisão de direitos fundamentais, deve-se ponderar os aspectos que serão analisados em um caso concreto e não haver uma preponderância de um direito fundamental sobre outro.

Usando os parâmetros destacados pelo Tribunal, a exigência de autorização deveria ser avaliada de caso a caso. Na circunstância em que se identificar a violação à intimidade e privacidade de um biografado, a exigência de uma autorização prévia se faria presente. No caso de as informações guardarem pertinência com o aspecto público da vida do biografado, a exigência de autorização prévia para publicação não seria coerente.

Apenas um exame prévio da obra e do aspecto público da vida do biografado é que poderia demonstrar o cabimento ou não de uma autorização para a publicação. A criação de um procedimento de pesquisa que averiguasse, previamente à publicação, o conteúdo de uma obra biográfica e quais aspectos da

vida do biografado o torna uma pessoa com notoriedade social poderia evitar a ocorrência de danos à intimidade do biografado.

Conclusão

Da análise da fundamentação utilizada nos votos dos Ministros no julgamento da ADI 4815 pode-se concluir que a harmonização de direitos fundamentais não foi alcançada.

Para que a concordância prática seja alcançada no caso de conflitos entre direitos fundamentais, há a necessidade de consolidar parâmetros com tendência à universalidade, de modo que uma fundamentação lógico-jurídica possa ser estruturada. Desse modo, a atenuação de um direito em certo ponto seria justificada. Sem uma diretriz que forneça embasamento às soluções adotadas em julgados envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, o arbítrio do intérprete pode se fazer presente.

Os Ministros, ao afirmarem que a notoriedade da pessoa deveria ser observada para delimitar o conjunto de informações que estariam no campo de sua intimidade, destacou um parâmetro que permitiria, antes de um possível dano, averiguar se é coerente uma medida prévia assecuratória da inviolabilidade da intimidade de uma pessoa. Esse poderia ser um parâmetro para ser avaliado se, por exemplo, uma biografia necessitaria ou não de autorização prévia do biografado.

Ocorre que, para pôr em prática esse método decisório haveria a necessidade de um caso concreto a ser analisado, ou seja, uma pessoa que está a ser biografada e uma obra biográfica.

No caso da ADI 4815 não foram trabalhados parâmetros de um caso concreto, apenas foi afastado a incidência do direito à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra em prol da liberdade de expressão e do acesso à informação, por estes últimos deterem uma preferência diante os demais.

Nas circunstâncias da ADI 4815, o que deveria constituir a decisão seria o fornecimento de parâmetros que pudessem nortear a fundamentação decisória de casos concretos em que se discutissem a exigibilidade de autorizações prévias ou

métodos de prevenir a ocorrência de danos à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada do biografado.

A conclusão adotada no julgado por unanimidade pelos Ministros do STF, afastou em certo ponto o direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra. A impossibilidade de prevenir danos resultantes de publicação de obras biográficas que abusem do direito à liberdade de expressão demonstra esse afastamento. Não houve harmonização nesse aspecto do julgado, pois foi afastada a possibilidade de defesa da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem em momento anterior à publicação de obra biográfica.

Na maioria dos votos estudados¹²² houve menção à inexistência de direitos absolutos e hierarquia entre direitos fundamentais.

Ao decidir pela “preferência” do direito à liberdade de expressão restou demonstrada uma contradição, qual seja, a impossibilidade de juízo de valor abstrato de direitos fundamentais, como afirma o Ministro Luís Roberto Barroso, o que ocorreu no julgamento da ADI 4815.

Na fundamentação dos diversos votos da ADI não foram fornecidos parâmetros que permitissem a conclusão tomada e, deve-se ressaltar, que os julgados de tribunais constitucionais de outros países¹²³, colacionados nas diversas fundamentações dos Ministros, possuíam como parâmetro a pessoa da qual circulou informações sem a sua prévia autorização.

Outro ponto presente nos julgados de outros tribunais constitucionais foi a presença do conteúdo de uma obra a ser analisado.

Para concluir pela coerência do conteúdo da biografia em relação a sua proteção pelas normas de liberdade de expressão, como destacado pelos Ministros do STF, deve-se verificar a existência de interesse público e se o conjunto de informações constantes na obra não estão protegidos pela esfera do direito à

¹²² Votos dos Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, Marco Aurélio, José Dias Toffoli, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

¹²³ Julgado do ex-presidente da França François Mitterand, colacionado pela ministra Cármen Lúcia; o caso Mefisto, colacionado pelo ministro Gilmar Mendes; o caso Lebach, colacionado pelo ministro Gilmar Mendes; o caso Lingens v. Austría, colacionado pela ministra Rosa Weber.

privacidade do biografado. Desse modo, deve-se previamente constatar que esses dois requisitos estão observados pelas informações constantes em uma obra biográfica.

Por fim, não restou demonstrado uma relação sólida entre a fundamentação adotada e a conclusão pela procedência da ação, na perspectiva do teor do art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, tendo como consequência a inobservância do direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da imagem e da honra.

A proposta do uso da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática busca evitar que esse tipo de resultado ocorra nos julgados, de modo a garantir a concretização de direitos fundamentais em um nível ótimo, evidenciando uma preocupação com a preservação das pretensões dos direitos fundamentais envolvidos em conflitos.

No julgado analisado conclui-se que o STF não observou o princípio da concordância prática. Não foi feita a harmonização entre os direitos fundamentais colidentes.

Em uma ação de controle abstrato não seria possível concluir pela solução adotada pelo STF, pois uma decisão em abstrato já definiu uma hierarquização entre direitos fundamentais. Ao afastar a autorização prévia ou qualquer outra forma de controle anterior à um possível dano, que poderia garantir a inviolabilidade da intimidade, a privacidade, o STF hierarquizou direitos fundamentais, dando preferência à liberdade de expressão.

A inviolabilidade da intimidade não foi devidamente considerada. Apenas são tomadas medidas após a sua violação e não medidas para prevenir a sua violação.

Para solucionar de modo adequado a questão trazida ao STF deveria ter sido afirmada a possibilidade de proteção prévia à publicação de uma obra biográfica com base na garantia do direito à inviolabilidade da intimidade. Ao mesmo tempo, deveriam ter sido fixados parâmetros a serem analisados no caso concreto para a possibilidade ou não de se admitir uma necessidade de autorização prévia na obra biográfica e não apenas afastá-la em prol, exclusivamente, do direito da liberdade de

expressão. Vale destacar que a indenização, como já dito, não é a forma mais eficaz de solucionar a questão de obras biográficas que violam a intimidade do biografado, devendo-se ser cogitadas outras formas de resguardar a eficácia desse direito, inclusive de forma preventiva, como é o caso da autorização prévia.

Por fim, mas não menos importante, há uma outra ótica a ser analisada. A autorização prévia deve estar relacionada ao material atinente à intimidade do biografado, deve ser analisado se a informação que se busca veicular possui interesse social. Em conjunto, ambos aspectos devem ser ponderados na solução do caso concreto para que se possa buscar a otimização dos direitos fundamentais. Sendo assim, a autorização poderia ser exigível, sendo igualmente possível o questionamento de sua negativa no Judiciário, de modo que ao se concluir pelo interesse social da obra biográfica e a ausência de violação à intimidade do biografado, a exigência de autorização poderia ser afastada no caso específico.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução (da 5. ed. alemã) de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação. Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BRASIL, Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2404/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 31 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2404&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4815/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Intimados: PRESIDENTE DA REPUBLICA e CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 130/DF. Tribunal Pleno. Arguente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Arguidos: PRESIDENTE DA REPUBLICA, CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82424/RS. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça - STJ. Arguidos: PRESIDENTE DA REPUBLICA, CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4451 MC-REF/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT. Requeridos: PRESIDENTE DA REPUBLICA e DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, 2 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1997.

COELHO, Inocência Mártires, *Repensando a interpretação constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, nº 5, agosto/2001, Salvador/BA.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Néviton. *Princípio da concordância não contrária a ponderação de bens*. Revista Consultor Jurídico, 14 abril 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, nº 10, janeiro/2002, Salvador/BA.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.