



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE
CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

NATASHA TAVARES DE MELO WANDERLEY

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUESTÃO
DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE NO
CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Brasília
2014

NATASHA TAVARES DE MELO WANDERLEY

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUESTÃO
DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE NO
CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Monografia de conclusão de curso de graduação
em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Christine
Oliveira Peter da Silva

Brasília
2014

NATASHA TAVARES DE MELO WANDERLEY

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA QUESTÃO
DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE NO
CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Monografia de conclusão de curso de graduação
em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Christine
Oliveira Peter da Silva

Brasília, dia 28 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora Christine O. Peter da Silva

Professor Luiz Emilio Pereira Garcia

Professor Ivan Claudio Pereira Borges

Brasília
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida. Ao meu marido pela paciência e colaboração. Ao meu filho pelo incentivo diário. Ao meu pai e irmã pela compreensão. À minha orientadora Christine Peter e a todos os integrantes do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, pela contribuição para a conclusão da pesquisa.

“As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos”.

(Paulo Beleki)

RESUMO

Trata-se de monografia cujo objeto é a análise da colisão do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação com o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra no caso das biografias não autorizadas. Tal análise está inserida em um contexto teórico do neoconstitucionalismo, que consiste em uma releitura do Estado de Direito, chamado agora de Estado Constitucional. Tendo este cenário fixado, passa-se a análise dos direitos fundamentais em espécie, e a uma posterior conceituação de biografia, a fim de delimitar a que gênero literário esta é pertencente. A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais e os critérios como o da ponderação e proporcionalidade são importantes aspectos a serem considerados na análise das colisões de direitos fundamentais. Por fim, o trabalho analisa diferentes casos de colisões desses direitos fundamentais, à luz das teorias já citadas. O ordenamento jurídico brasileiro e o norte-americano são os palcos em que ocorrem tais colisões. A partir de posições jurisprudenciais divergentes sobre colisões semelhantes, verifica-se que a conclusão só é possível à luz do caso concreto, levando em conta o sopesamento e a ponderação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Civil. Estado Constitucional. Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Intimidade. Biografias não autorizadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO	8
1.1 DO DIREITO PRÉ-MODERNO AO ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO	8
1.2 DO SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL	12
1.3 COLISÃO E PROPORCIONALIDADE	20
1.4 DA TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS CONSECTARES	32
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	32
2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO	34
2.3 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	39
2.4 DIREITO À HONRA E A DIGNIDADE	42
2.5 DIREITO À IMAGEM	43
3.COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS	46
3.1 EXPLICAÇÕES NECESSÁRIAS	46
3.2 O GÊNERO BIOGRÁFICO.....	49
3.3 ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA A PROIBIÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.....	51
3.3.1 ARGUMENTOS CONTRA A PROIBIÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.....	51
3.3.2 ARGUMENTOS A FAVOR DA PROIBIÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.....	58
3.4 COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INTIMIDADE: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	64
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto investigar a questão das biografias não autorizadas por uma ótica constitucional. O Direito é uma ciência em constante mutação. E, com ele, seus paradigmas seguem mudando. A justificativa para a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional está na própria essência do Direito como ciência jurídico-social: sua capacidade (dever) de se adequar à sociedade e aos seus anseios. Já dizia Miguel Reale: “a Lei existe para servir à sociedade e, não, o contrário”.¹

E é essa ideia dinâmica, de constante mutação dos paradigmas do Direito, que justifica a presente pesquisa sobre as biografias não autorizadas e o delicado liame que separa a vida privada da vida pública daquelas pessoas com notoriedade.

O ponto de partida da pesquisa é a delimitação do contexto histórico-doutrinário do Estado Constitucional, de uma suposta mudança de paradigma do Estado de Direito para o Estado Constitucional e, ao mais tardar, um Estado de Direitos Fundamentais.

O Estado de Direito e o Estado Constitucional são o mesmo em sua essência. Nascidos das Revoluções Liberais, principalmente da Revolução Americana e Francesa, esse contexto foi o palco que deu origem a um modelo político. Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma mudança estrutural de conteúdo desse modelo. No tocante à supremacia do Direito, tem-se a transição da supremacia da lei para a supremacia da constituição e, por conseguinte, uma transição de regras para princípios.

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

O primeiro capítulo busca analisar o tripé do Direito Constitucional sob a ótica do neoconstitucionalismo. Como objetivos específicos, tem-se primeiramente, a análise da transição entre supremacia do Direito que, em sua primeira perspectiva, era a lei e, na segunda, a constituição. O segundo objetivo específico é analisar a separação e interdependência de poderes no Estado de Direito, em que este tem a função de estabelecer competências para que um poder não invada o outro e não o amesquinhe. E, finalmente, o último pilar do tripé da Teoria da Constituição e último objetivo específico do primeiro capítulo é a mudança na teoria dos direitos fundamentais, sobre a qual se aprofunda um pouco mais, para se chegar ao liame das biografias não autorizadas e sua consequente e polêmica discussão a respeito do conflito e ponderação dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, vida privada, intimidade.

No capítulo 2, é feita uma conceituação de todos os direitos fundamentais envolvidos na questão a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal, contando também com um alicerce do clássico Pontes de Miranda e, dentre os mais contemporâneos, Caio Mário da Silva Pereira, Pablo Stolze e Arnaldo Rizzardo. Faz-se uma sucinta análise da biografia como gênero literário, a fim de esclarecer qual o objetivo concreto deste gênero e, a partir disso, sopesar a importância que tem para a sociedade.

No capítulo 3, tem-se a análise da colisão entre os princípios da privacidade, intimidade e da liberdade de expressão, usando-se o método da ponderação de Alexy. Serão analisados casos específicos como o de Garrincha, o de Roberto Carlos, Elizabeth Taylor, Oprah Winfrey, Adolf Hitler, entre outros.

Será feita uma análise comparativa entre o tratamento dado às biografias não autorizadas nos EUA e no Brasil, ressaltando a importância que os ordenamentos

jurídicos brasileiro e norte-americano atribuem ao princípio da liberdade. A partir dessa comparação, será analisada a repercussão no âmbito interno e internacional, levando em conta a sacralidade dos valores para cada sociedade.

O método utilizado é o de pesquisa bibliográfica. Mesmo na análise de precedentes, o material é utilizado como fonte bibliográfica e não como documento.

O referencial teórico tem como alicerce, o neoconstitucionalismo, principalmente a teoria de Habermas sobre a sociedade aberta de intérpretes, Ingo Sarlet com a teoria dos direitos fundamentais, acompanhado por Alexy com a técnica de resolução de conflito de princípios constitucionais. Também será relevante a obra de Pontes de Miranda e sua clássica conceituação dos direitos de personalidade.

Pessoalmente, acredito na ideia de sociedade aberta de Habermas e num ponto mais ousado de que toda e qualquer pessoa pode ser – e é – intérprete da Constituição. Minha motivação pessoal para pesquisar o tema se deu contagiada pelo entusiasmo da Prof. Dra. Orientadora Christine Peter sobre o neoconstitucionalismo e sua visão a respeito dos limites da liberdade de expressão no atual Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral da presente pesquisa é a análise da colisão dos princípios da vida privada, intimidade, liberdade de expressão no caso de uma publicação biográfica que exponha a vida privada de uma pessoa com notoriedade pública. Qual o alcance da proteção à vida privada? Qual a linha que separa a vida privada da vida pública, se é que ela existe? Quais aspectos da vida privada podem ser importantes fontes de informação para a sociedade? É o que se analisa a seguir.

1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

1.1 Do direito pré-moderno ao Estado Legislativo de Direito

Antes de adentrar nas máximas do Estado de Direito, faz-se necessário fixar algumas premissas com relação ao contexto em que surgiu esse Estado de Direito para que, conseqüentemente, se justifique sua evolução.

No Direito pré-moderno, muitas eram as fontes de Direito: as Comunas, a Igreja, o Império, os príncipes, as corporações. Não existia no direito comum da Idade Média um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. Os conflitos entre essas instituições foram conflitos pela soberania, ou seja, pelo monopólio ou, ao menos, pela supremacia da produção jurídica.²

Tendo em vista uma multiplicidade de fontes de produção normativa, com instituições diversas e concorrentes entre si e sem uma hierarquia propriamente dita entre elas, a fase do direito pré-moderno foi caracterizada pela sua forma não legislativa, mas preponderantemente jurisprudencial e doutrinária, fruto da sabedoria jurídica dos doutores da época.³

Conforme afirmou Ferrajoli sobre o período do direito pré-moderno, carecendo de um sistema exaustivo e exclusivo de fontes positivas: uma norma jurídica é

2 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 419.

3 Ibidem.

válida não por força da autoridade de quem a põe, mas pela respeitabilidade de quem a propõe⁴.

Referindo-se a relação entre poder e Direito, Ferrajoli cita Thomas Hobbes no seu Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum na Inglaterra, que afirma: “não é sabedoria, mas autoridade que faz uma lei”⁵. Essa é uma máxima idêntica a “*Authoritas, non veritas facit legem*”, ou seja, é a autoridade e não a verdade que faz a lei. Essa afirmação pode ilustrar o pensamento moderno, em evidente contraposição com “*Veritas, non auctoritas facit legem*” [é a verdade, e não a autoridade, que faz a lei], com a qual se expressa o fundamento de validade do direito pré-moderno.⁶

Nessa oposição de afirmações, pode-se verificar exatamente os pontos cruciais que caracterizam o contexto histórico. Quando se fala em verdade, na frase “é a verdade e não a autoridade que faz a lei”, se quer dizer respeitabilidade de quem propõe a lei, ou seja, os doutores da época do Direito pré-moderno⁷. Da mesma forma, na frase que identifica o pensamento do Estado de Direito, é a autoridade e não a verdade que faz a lei, quando se fala em autoridade, significa o princípio da legalidade.

O constitucionalismo, em sua origem, tinha por objetivo criar mecanismos de limitação e oposição ao poder absolutista do rei. Dessa forma, o constitucionalismo

4 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 420.

5 Na versão original, encontra-se: “*It is not wisdom but authority that makes a law*”.

6 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 420.

7 Expressão utilizada por Ferrajoli – “respeitabilidade dos doutores” – se referindo às autoridades da época.

enxergava como instrumento para impor tais limitações uma Constituição escrita. O império deixaria de ser da lei e passaria a ser da constituição.⁸

Com o advento da supremacia da lei, se deu o surgimento do Estado de Direito. Nessa mesma ótica de transição de um paradigma para outro, Perez Luño aduz sobre uma teoria jurídica criada pela doutrina norte americana, a teoria do *labelling approach*⁹, na qual a juridicidade ou anti juridicidade é um rótulo que os detentores do poder jurídico e do controle social atribuem a determinados fatos.¹⁰ Tal teoria refuta, ainda, a ideia do pré-modernismo, onde a produção normativa decorria da respeitabilidade dos doutores.¹¹

Com o advento do Estado Moderno, ou seja, do Estado de Direito, houve o predomínio de uma instituição e de seu ordenamento sobre as demais. O Estado, nesse momento, passa a ser detentor do monopólio da produção normativa. O princípio da legalidade passa a ser, portanto, a máxima que rege esse período.¹²

A mudança de paradigma que ocorre com o fim do direito pré-moderno é, substancialmente, uma mudança de título de legitimação: não é mais a respeitabilidade dos

8 MONTEZ, Marcus Vinicius Lopez. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*

9 Chamada também de Teoria do Entiquetamento Social ou Teoria das Definições ou ainda, Aproximação por Rotulação. Afirma que a mudança da linguagem e da aplicação do Direito são reflexos de sua adequação às mudanças sociais, econômicas e políticas e que essa mudança não é decorrente de atos arbitrários de juízes e governantes. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

10 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

11 Expressão utilizada por Ferrajoli, em *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 419, para se classificar os detentores da produção normativa no período do Direito pré-moderno. Embora não houvesse unidade na produção normativa, ela era caracterizada pelo saber jurídico sedimentado no decorrer dos séculos.

12 PETER, Christine. *Estado de Direitos Fundamentais*. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011, p. 4.

doutores que justifica a produção normativa, mas sim a autoridade da fonte de produção; não mais a verdade, mas a legalidade.¹³

De acordo com Ferrajoli, quando se fala Estado de Direito, pode-se inferir dois conceitos distintos. O primeiro e mais amplo significa qualquer ordenamento jurídico no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos na forma e processo por ela estabelecidos. O segundo e chamado de substancial, consiste na ideia de um ordenamento no qual o poder público esteja igualmente sujeito ao Direito, limitado e vinculado a ela. Ou seja, o poder legislativo também tem a obrigação de respeitar princípios basilares como o da separação de poderes e os direitos fundamentais¹⁴.

Em manifesta crítica ao positivismo jurídico do século XIX, Zagrebelsky trata o Estado de Direito como um sistema rígido e cerrado que reduz a juridicidade à legalidade e, na teoria, não há espaço para nenhuma outra fonte de produção normativa. A doutrina do positivismo jurídico se traduz na redução de tudo o que pertence ao mundo do Direito ao disposto pela lei.¹⁵

A atividade dos juristas seria, portanto, um mero serviço à lei, uma tentativa de descobrir a vontade do legislador. O ápice da interpretação literal dos ditames legais, ou seja, uma análise incansável dos textos produzidos pelo legislador e tentativa de descobrir sua

13 FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.421.

14 *Ibidem*, p.417.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo, apud, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9

intenção ao legislar. Desta forma, o autor conclui que o Estado de Direito como mero Estado de legalidade positiva perde sua função legitimadora.¹⁶

Neste primeiro prisma, tem-se desenhado o cenário de um Estado legalista, formalista, com seu valor jurídico supremo ancorado nas leis. Tal forma de disposição irá ruir posteriormente para o nascimento de uma Constituição. Problemas como a subversão da hierarquia das fontes jurídicas e o pluralismo jurídico irão contribuir significativamente para mais uma transição de paradigma. É o que se analisa a seguir.

1.2 Do surgimento do Estado Constitucional

O fato é que a característica inerente ao Estado de Direito é a supremacia da lei. Mas que lei exatamente? No contexto do Estado de Direito, não há unidade nas leis. Muitas são as fontes de produção jurídica. O autor Perez Luño fala da aparição de entes que discutem e comprometem, acima e abaixo, a lei (e o Estado) em sua supremacia jurídica. São as chamadas normas supra e infra-estatais.¹⁷

Esse fenômeno retirou do Estado o monopólio das fontes jurídicas, que agora eram produzidas por diversos atores tanto no plano nacional quanto no plano internacional. Além da inserção das normas supra estatais como fontes de direito, o Estado

16 ZAGREBELSKY, Gustavo, apud, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9

17 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.p.4

contemporâneo foi obrigado a lidar com a produção normativa infra estatal. Esta instituiu regras oriundas dos entes sociais intermediários, situados entre o cidadão e poder estatal.¹⁸

A produção normativa infra estatal se desenvolveu de tal forma que, dado o pluralismo de fontes jurídicas, estas foram separadas de acordo com critérios específicos: em razão do local, em razão da pessoa e em razão da matéria.¹⁹

Essa diversidade de fontes normativas enfraqueceu a ideia da supremacia jurídica da lei. Ocorreu um fenômeno chamado de subversão da hierarquia das fontes do direito. Decorrente da produção normativa infra estatal exagerada, promoveu a livre atuação de grupos e organizações sociais, o que culminou num processo de descodificação e inserção de softlaws no ordenamento jurídico vigente. Essa flexibilização resultante da propagação do pluralismo jurídico sobrepõe-se à ideia de hierarquia das leis – inerente ao Estado de Direito.²⁰

A ruína da hierarquia significa que não é mais possível estabelecer uma ordem hierárquica entre elas, visto que são diferentes entre si e a sociedade abandonou codificações formais em favor de leis especiais e das soft laws. Há um pluralismo jurídico decorrente da subversão da hierarquia das fontes do direito.²¹

Para reconduzir esse fenômeno e pretender por em ordem o caos normativo que ameaça se abolir por inteiro a unidade, coerência e a hierarquia do sistema de fontes do

18 PETER, Christine. *Estado de Direitos Fundamentais*. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011.

19 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.p.3

20 PETER, Christine. *Estado de Direitos Fundamentais*. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011.

21 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.p.3

direito, deve-se voltar os olhos hoje sobre a Constituição.²² Nas palavras de Zagrebelsky, a lei é destronada em favor de uma instância mais alta.²³

Na tentativa de evitar choque, incerteza e confusão entre as fontes do direito, o Estado precisou evoluir para um modelo constitucional, no qual as metas seriam unidade, coerência e hierarquia das leis. Esses três pilares teriam que ser, de fato, metas desse novo sistema e não poderiam ser requisitos para instauração do modelo, uma vez que o contexto era de inflação normativa. Ou seja, se a produção jurídica é dinâmica e acelerada, oriunda dos mais diversos fatores sociais, seria impossível estabelecer como ponto de partida a unidade, coerência e hierarquia dessas leis.²⁴

A transição do Estado Liberal para o Estado Social justifica essa hipertrofia legislativa²⁵, de modo que o Estado passou a intervir muito mais em todos os âmbitos da sociedade, inclusive e, nesse caso, principalmente, na produção normativa. O inchaço dessa produção impossibilitou a aplicabilidade das leis.²⁶

A ampliação das tarefas dos poderes públicos que caracterizou o Estado Social de direito e que produziu, nos atuais ordenamentos jurídicos, um fenômeno que se denominou, com razão, hipertrofia legislativa e, no âmbito anglo-saxônico, “contaminação

22 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P.4

23 ZAGREBELSKY, Gustavo. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL, 1995, p. 40.

24 PETER, Christine. *Estado de Direitos Fundamentais*. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011.

25 Expressão usada por Perez Luño em *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

26 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.p.4.

legislativa” (Legal Pollution), determinada por um crescimento sem limites das normas legais que rompeu o equilíbrio entre a produção normativa e a capacidade de sua aplicação.²⁷

Desse modo, nem o legislador nem o jurista conseguiam conhecer ou aplicar a lei. Nesse contexto, o Estado de direito estava “maduro”, pronto para evoluir já que seu alicerce não lhe servia mais. O império da lei ruiu, dando espaço para a supremacia da Constituição.

Nas palavras de Haberle, o Estado constitucional é um arquétipo jurídico-político onde os poderes públicos se acham conformados e limitados pelo direito através de princípios constitucionais formais e matérias: os direitos fundamentais, a função social das instituições, a divisão de poderes e a independência dos tribunais.²⁸

Agora importa também a substância das normas. As leis além de serem formalmente adequadas devem ser materialmente. Devem estar de acordo com o princípio da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. Os conteúdos ou significados das normas produzidas devem ser coerentes com os princípios e direitos estabelecidos pela constituição.²⁹

O Estado Constitucional é, assim como o Estado de Direito, fiel ao império do Direito. Neste, o Direito sendo a lei e naquele, a constituição. Segundo Willis Santiago, o

27 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.p.5

28 HABERLE, Peter, apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9.

29 FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 421

Estado de Direito determina submissão e obediência à legalidade, enquanto o Constitucional não admite nenhum condicionamento ao poder legítimo do titular da soberania.³⁰

Superada essa transição do império da lei para o império da constituição, faz-se imperioso ressaltar a transição concomitante referente ao pilar da separação dos poderes. Nesta oportunidade, analisa-se um mesmo fenômeno, tentando abarcar todas as suas esferas. Entretanto, tamanha é a sua complexidade que por mais aprofundada que seja essa pesquisa, ainda assim será modesta, ciente da amplitude do fenômeno de que se propõe a tratar.

No pilar da separação dos poderes, o Estado de Direito tem a função de estabelecer competências para que um poder não invada o outro e não o torne muito fraco. Nesse ponto, é interessante ressaltar o ponto de vista neoconstitucionalista a respeito da interdependência dos três poderes no século XXI.³¹

O equilíbrio institucional, no Estado Constitucional, se dá pela interação, pelo conflito e pela tensão. A separação dos poderes é ultrapassada pelo dinamismo do século XXI. Cada poder se agiganta e ocupa o espaço que estiver disponível. O outro poder, por sua vez, sentindo que perdeu espaço, também se movimenta na tentativa de recuperar seu campo de atuação.³²

30 FILHO, Willis Santiago Guerra. Estado Democrático de Direito Como *Estado de Direitos Fundamentais* com Múltiplas Dimensões, p. 7.

31 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

32 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

Dessa forma se dá a relação entre os três poderes no Estado Constitucional. Christine Peter defende um ativismo dos três poderes simultaneamente, de modo que se um conquistar mais espaço do que outro, este que perdeu espaço seja ativista e o conquiste de volta. E assim por diante. Christine Peter acredita que o equilíbrio no século XXI se dá no contexto do caos, tendo em vista o movimento constante da atualidade.³³

Mas o que seria o Estado Constitucional em sua essência? Para Habermas, o Estado constitucional é o tipo ideal de sociedade aberta, uma forma de Estado com uma legitimação democrática e um controle pluralista tanto do poder político quanto dos poderes sociais. É um arquétipo jurídico-político onde os poderes públicos estão conformados e limitados pelo direito através de princípios constitucionais formais e materiais: os direitos fundamentais, a função social das instituições, a divisão de poderes e a independência dos tribunais.³⁴

Gustavo Zagrebelsky aceita a concepção de Habermas, mas procura enfatizar a crítica aos pressupostos ideológicos do Estado de Direito, o positivismo jurídico do século XIX. Acredita que o Estado Constitucional coexiste com valores e princípios constitucionais para que garantam unidade e integração do ordenamento jurídico, bem como para que esse Estado seja compatível com a sociedade aberta e pluralista. Para ele, nenhum desses valores e

33 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjursfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

34 HABERLE, Peter, apud PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9.

princípios deve ser interpretado como absolutos, mas “devem-se buscar pautas hermenêuticas que garantam sua ponderação e concordância”.³⁵

Segundo Habermas, o Estado constitucional é um modelo, sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaços.³⁶ Nesse liame, o autor faz uma leitura interessante do pluralismo, segundo ele, a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição significa que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto.³⁷

Essa ideia revela a complexidade do sistema jurídico atual. A ideia da pluralidade de intérpretes da Constituição somada paralelamente à ideia do dinamismo da interdependência dos poderes³⁸ evidencia a fascinante complexidade do sistema jurídico atual.

O principal motivo para a transição do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito foi a necessidade de uma ação estatal que garantisse alguns direitos individuais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, para que a partir dessa garantia o indivíduo pudesse exercer, de fato e de direito, sua cidadania.³⁹

Nesse contexto, um novo instrumento apto a concretizar direitos fundamentais foi conferido ao Estado Constitucional: abriu-se espaço para que as políticas

35 ZAGREBELSKY, Gustavo, apud, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9

36 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado de Direitos Fundamentais*. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011.

37 HABERLE, Peter. Entrevista para a Conjur. Por Rodrigo Haidar e Marília Scriboni. “Constituição é declaração de amor ao país”, 2011. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>> Acesso em 04.05.2014.

38 Abandona-se a ideia de separação dos poderes e aproxima-se da ideia de interdependência entre eles, para demonstrar o dinamismo em suas relações. Quando um poder se movimenta e ocupa o espaço do outro, o obriga a também se movimentar para ganhar seu espaço de volta. Dessa forma conflituosa, as competências se estabelecem dentro desse novo sistema. Christine Peter, em *Estado de Direitos Fundamentais*, defende um ativismo dos três poderes para, dessa forma, encontrarem um equilíbrio.

39 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. P. 9

públicas surgissem como um mecanismo do Estado que, envolvendo a participação da sociedade civil e, portanto, concedendo-lhe nova legitimidade, possibilitasse a prestação de ações positivas capazes de propiciar uma mudança substancial no conjunto social.⁴⁰

Os direitos fundamentais foram ficando cada vez mais importantes no ordenamento jurídico pátrio. Como uma releitura do Estado de Direito, tem-se o Estado de Direitos Fundamentais. Segundo Paulo Otero, o alicerce do Estado de Direitos Fundamentais encontra-se no respeito à dignidade da pessoa humana, encontrando-se ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade que é inerente a cada pessoa individual e concreta⁴¹.

Tamanha é a subjetividade e amplitude do conceito de dignidade da pessoa humana que se pode utilizar o mesmo princípio para sustentar argumentações contrárias em sede de conflito de direitos fundamentais. Por exemplo, o direito fundamental à liberdade de expressão dos biógrafos pode ser considerado como o núcleo essencial de sua dignidade como pessoa humana, de modo que, sendo privado de exercer sua profissão e seu direito de se expressar, estaria restringindo e afetando a dignidade da pessoa humana do biógrafo.

Todavia, tem-se o lado das pessoas públicas: sua imagem, honra, intimidade e privacidade constituem a essência de sua dignidade. Ao passo que, tendo violação em sua imagem e intimidade por meio da exposição de sua vida privada num livro, seria afetada a dignidade dessa pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que com o aumento da importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, simultaneamente aumentaram as colisões

40 BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional. p 266.

41 OTERO, Paulo. A crise do *Estado de Direitos Fundamentais*: o conceito de Estado de Direitos Humanos, in Argumentum – Revista Científica de Direito da Faculdade Marista Recife, vol. 2º, 2006, p.11.

entre eles. Como uma solução para tais colisões, tem-se a ponderação e o sopesamento, tratados no tópico seguinte.

1.3 Colisão e proporcionalidade

Aqui se faz uma digressão antes de se adentrar na Teoria dos Direitos Fundamentais para delimitarmos os conceitos de direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

Ambos têm em sua essência a ideia de limitação do poder e dignidade da pessoa humana, entretanto os direitos do homem são aqueles não positivados, a matéria prima dos direitos fundamentais e podem ser encontrados em textos sagrados, obras literárias ou discursos políticos, por exemplo. Ao passo que os direitos humanos são os direitos fundamentais na esfera do direito internacional. Quando se fala em Tratados Internacionais de direitos humanos, são os direitos fundamentais no plano internacional. Os direitos fundamentais, portanto, possuem o mesmo núcleo essencial dos outros dois conceitos, mas são positivados no plano interno constitucional.⁴²

Segundo Paulo Otero, em sua definição de Estado de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana encontra-se como pedra fundamental sobre a qual se edificam e se ramificam as outras características. Nas palavras dele:

(...) trata-se de um modelo de sociedade política fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana, na garantia e defesa da cultura da vida e na vinculação internacional à tutela dos direitos fundamentais, possuindo

42 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.24.

*normas constitucionais dotadas de eficácia reforçada, um poder político democrático e uma ordem jurídica axiologicamente justa.*⁴³

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, tem-se a definição de Ingo Sarlet, que diz que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana.⁴⁴ Constata-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é a base axiológica dos direitos fundamentais.⁴⁵

Os direitos fundamentais de primeira geração, segundo Ingo Sarlet, encontram suas raízes na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual a finalidade precípua do Estado é a realização da liberdade do indivíduo. São apresentados como direitos de cunho negativo, pois se dirigem a uma abstenção do Estado e, por isso, são chamados de direitos de resistência e oposição ao Estado.⁴⁶

Tais direitos tem cunho individualista, surgem e se afirmam como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. As denominadas liberdades de expressão coletiva, como liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação foram incluídas no rol desses direitos, somados ao direito a vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei.⁴⁷

43 OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Parágrafo 10, p. 525.

44 SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59.

45 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.18.

46 SARLET, Ingo. A Eficácia dos direitos fundamentais. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 48.

47 Ibidem..

Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles de cunho positivo, que incumbem uma obrigação de fazer ao Estado e consistem, portanto, em direitos prestacionais, como direitos econômicos, sociais e culturais. Além desses, também as denominadas liberdades sociais estão nesse rol.⁴⁸

Os direitos de terceira geração são chamados também de direitos da fraternidade ou solidariedade e consistem no direito à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito a conservação e utilização do patrimônio histórico cultural. Tais direitos se diferenciam principalmente por serem destinados a proteção de um grupo e não do indivíduo como os outros o são.⁴⁹

Os direitos de terceira geração, segundo Perez Luño, são uma resposta ao fenômeno denominado de poluição das liberdades, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância o direito ao meio ambiente, qualidade de vida.⁵⁰

É importante ressaltar um aspecto da definição de direitos fundamentais segundo Marmelstein no que tange ao Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais, para este autor, são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado

48 SARLET, Ingo. A Eficácia dos direitos fundamentais. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 48.

49 SARLET, Ingo. . A Eficácia dos direitos fundamentais. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 49.

50 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁵¹

Esse vínculo com o Estado Democrático de Direito e sua intrínseca sociedade pluralista, aberta e democrática, nos faz concluir que eventualmente os valores contidos nos direitos fundamentais podem ser conflitantes. Tendo em vista a diversidade ideológica e a conjunção de diferentes grupos e fatores sociais, nos casos concretos aparece a colisão de direitos fundamentais.⁵²

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e objetiva. A subjetiva gera para os titulares do direito uma pretensão individual de buscar sua efetivação através do Poder Judiciário, para que o direito se concretize da melhor forma possível. A dimensão objetiva terá maior enfoque no presente estudo, e consiste na capacidade irradiante dos direitos fundamentais de se difundirem pelos diversos ramos do ordenamento jurídico.⁵³

Como uma consequência desta dimensão objetiva, tem-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tendo em vista o efeito irradiante desses direitos para todos os outros ramos do ordenamento jurídico, também a vida privada foi atingida por essa irradiação. Ao longo do tempo, percebeu-se que nas relações entre particulares também ocorria danos efetivos aos princípios constitucionais e às vezes uma opressão igual ou maior do que a do Estado.⁵⁴

Portanto, se tradicionalmente os direitos fundamentais eram o instrumento de proteção do cidadão contra a opressão estatal, atualmente cumprem essa função também nas relações entre particulares. A ideia de horizontalidade se dá em virtude do sujeito ativo e

51 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.19.

52 Ibidem.

53 Ibidem, p.332.

54 Ibidem, p.338.

passivo na relação entre particulares estarem, teoricamente, no mesmo plano de poder e influência.⁵⁵

Os direitos de personalidade são essencialmente conflitantes com o direito à liberdade de expressão, uma vez que aqueles se orientam no sentido de proteção da esfera privada, da não divulgação da informação pessoal, da não exposição da imagem; e este segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária.⁵⁶

O fato é que em um conflito de direitos fundamentais um deve ceder espaço ao outro e isto se deve à característica de relatividade desses direitos. Só se admite uma restrição de direito fundamental em face de outro direito com o mesmo status constitucional e quando respeitado o princípio da razoabilidade⁵⁷ e proporcionalidade.⁵⁸

Segundo Konrad Hesse, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico. Deve também ser necessária para isso, de modo que não há nenhuma forma menos gravosa de resolver o conflito. E por fim, deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁵⁹

Para estabelecer a questão do conflito entre os direitos fundamentais, é necessário delimitar a ideia de princípios. Os princípios são elementos condutores da argumentação jurídica. Nos chamados *hard cases*, as regras não seriam capazes de contribuir

55 Nem sempre os particulares se encontram no mesmo plano de poder e influência, especialmente aqueles detentores de poder social e econômico.

56 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.365.

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

58 O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Será objeto de análise mais adiante.

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

para uma solução adequada.⁶⁰ É por isso que, na colisão de direitos fundamentais, estes são tidos como princípios e, seguem o método da ponderação de Alexy.

A colisão entre esses direitos é, portanto, genuína. Segundo a teoria de Alexy, a colisão entre princípios é resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. Tendo em vista que ambos os interesses estão no mesmo nível, o objetivo do sopesamento é definir qual deles tem maior peso no caso concreto.⁶¹

Segundo entendimento de Gilmar Mendes, durante o processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio de direito. Pelo contrário, o Tribunal não mede esforços para garantir a aplicação das normas conflitantes, mesmo que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.⁶²

Segundo a lei do sopesamento, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Há julgamentos no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁶³ em que os argumentos são fundamentados especificamente na teoria do sopesamento. Um exemplo pertinente é, “quanto mais a intervenção legal afetar as manifestações elementares da liberdade de ação humana,

60 RONALD DWORKIN apud VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 79.

61 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Ed Malheiros, 2ª edição, 3ª tiragem, 2014, p. 101-103.

62 MENDES, Gilmar. Sobre o caso Lebach, que envolveu o conflito de direitos da personalidade com o direito de noticiar fatos criminosos.

63 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha monitora a aderência com a Lei Fundamental da Alemanha, equipara-se ao Supremo Tribunal Federal no Brasil. Todavia, na Alemanha o controle de constitucionalidade é concentrado, ou seja, é de competência exclusiva do Tribunal realizar o controle vinculante. Informações segundo o Prof. Dr. Leonardo Martins, da UFMS, em Introdução a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/4.pdf>>.

tanto mais cuidadoso deve ser o sopesamento das razões contrárias à pretensão elementar de liberdade do cidadão.”⁶⁴

Um princípio muito invocado nesse sopesamento é o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio basilar do Estado Democrático de Direito e é um princípio sem reserva legal, portanto pode ser concretizado por qualquer intérprete.⁶⁵ Segundo Miguel Reale, a ideia da obrigatoriedade do julgador ter de seguir a ordem do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – analogia, costumes e princípios gerais do direito – está plenamente vinculada à tese de supremacia absoluta da lei. Tendo em vista que na resolução de um caso, o juiz é obrigado a primordialmente buscar por outra norma dentro do ordenamento jurídico positivo para preencher aquela lacuna.⁶⁶

Portanto, a dignidade da pessoa humana pode ser invocada em qualquer caso de ponderação de direitos fundamentais, uma vez que todos os direitos emanam deste princípio. Esta é uma posição de vanguarda da teoria neoconstitucionalista. Miguel Reale reafirma essa ideia de que o julgador – e qualquer outro intérprete – pode basear sua fundamentação unicamente no princípio da dignidade da pessoa humana e que não precisa seguir a ordem do artigo 4º da LINDB. Os autores que negam essa afirmativa estão em busca dos limites desse princípio que está sendo utilizado para justificar um ativismo judicial desenfreado. Não é isso o que aqui se apregoa.⁶⁷

64 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo, 2014, p. 167.

65 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

66 REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. Editora Saraiva, 27ª edição, 9ª tiragem, 2010, p. 304.

67 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em:

Feitas tais ressalvas, conclui-se que a ponderação é o instrumento hábil para resolução de conflitos de direitos fundamentais. Nesse momento surge a dúvida: qual o limite do esvaziamento de um direito fundamental em detrimento de outro? Deve haver um limite para que a segurança jurídica seja garantida - e este é chamado de núcleo essencial dos direitos fundamentais, como se vê a seguir.

1.4 Da teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Embora não expressamente prevista na Constituição Federal, pode-se dizer que o Brasil adota a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A regra constitucional é que as cláusulas pétreas não podem ser objeto de nenhuma emenda tendente à abolir os direitos e garantias individuais. Apenas por essa deixa já se pode concluir pela proteção do núcleo essencial dos princípios. Além do mais, a jurisprudência corrobora e deixa explícita tal teoria:⁶⁸

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.⁶⁹

Diferentemente da Carta Magna, a Lei Fundamental da República Federal Alemã⁷⁰, prescreveu a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais em seu artigo

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

68 Na Lei Fundamental Alemã, (Grundgesetz), essa teoria é positivada no art. 19, 2, que dispõe que “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu núcleo essencial”.

69 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIn 2024/DF, publicada no DJe de 21.06.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2094522&tipoApp=RTF>>.

Acesso em 30/07/2014.

70 Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949.

19.2, que diz que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.⁷¹

Apenas a título de justificação da importância desta teoria, é importante mencionar que, na vigência da Constituição de Weimar, a de 1919, não havia expressamente em seu texto tal proteção. Portanto, o legislador alemão estava apto a regular os direitos fundamentais da forma que entendesse. Por si só, tal possibilidade revela, no mínimo, um atentado a segurança jurídica de todas as normas do país.⁷²

O que de fato aconteceu nesse caso foi o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, dando ensejo ao caos do holocausto⁷³. Daí a importância, portanto, de se ter um limite para a regulação dos direitos fundamentais.

Também a Constituição Portuguesa, de 02 de abril de 1976, menciona expressamente tal princípio em seu artigo 18.3, em sua literalidade transcrito abaixo:⁷⁴

As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A Constituição da Espanha, de 31 de outubro de 1978, é outra que tem em seu texto de forma explícita a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. No artigo 53.1 há tal referência:⁷⁵

71 A Constituição da Alemanha, a chamada Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, pode ser encontrada traduzida em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

72 CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). Artigo publicado no Jornal Carta Forense em 03/01/2013. Disponível em <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>

73 GOLDHAGEN, Daniel J. Uma dívida moral: A Igreja Católica e o Holocausto, Editora Notícias, Coleção Biblioteca de História, 2004

74 A Constituição da República Portuguesa pode ser encontrada em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades.

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, como se pode ver, está largamente expressa nos textos constitucionais mundo afora e, internamente, mesmo que se faça menção indireta a tal proteção, não restam dúvidas de que a teoria é bem aceita. Todavia, o que é exatamente esse núcleo essencial? No que consiste o elemento (ou elementos, se mais de um) caracterizador da parte inerente a um direito fundamental, aquele que se deixar de existir, o próprio direito se esvai?⁷⁶

Segundo Canotilho, há duas questões referentes ao núcleo essencial dos direitos fundamentais que merecem destaque e maiores considerações. A primeira é exatamente a levantada anteriormente, ou seja, qual o objeto deste núcleo? Seria ele um direito individual ou uma garantia coletiva?⁷⁷

A segunda questão levantada por Canotilho diz respeito ao valor do núcleo essencial. Trata-se de um valor absoluto ou depende de enfrentamento com outros direitos e bens? Tais perguntas serão objeto das próximas considerações.⁷⁸

Com relação ao objeto, Canotilho explica duas teorias: a objetiva e a subjetiva. A objetiva acredita que esse objeto se refere à proteção geral e abstrata prevista na

75 A Constituição da Espanha pode ser encontrada em <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-espanha-la-constitucion-de-la-espana/382/>.

76 CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). Artigo publicado no Jornal Carta Forense em 03/01/2013. Disponível em <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protECAo-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>.

77 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

78 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

norma. Portanto, deve-se evitar que a vigência de uma disposição jusfundamental seja reduzida de tal forma que perca toda a sua importância socialmente.⁷⁹

Já para a segunda teoria, a subjetiva, o objeto refere-se a proteção do direito fundamental do particular. Ou seja, jamais poderia ser sacrificado o direito fundamental de um homem a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado. Evidente que Canotilho deixa claro que tais teorias não podem sustentar posições radicais e extremas, uma vez que a sociedade diariamente lida com colisões de direitos fundamentais e que seria inconcebível levar ao pé da letra a teoria subjetiva. Todavia, não se pode desconsiderá-la e devemos evitar restrições que eliminem completamente um direito fundamental subjetivo.⁸⁰

Com relação a segunda questão levantada por Canotilho, referente ao valor do núcleo essencial, também existem duas teorias que se propõem a explicar o assunto. A primeira, a teoria absoluta, consiste na ideia de que cada direito teria um núcleo intangível e absoluto, podendo este ser determinado em abstrato, seria o “coração” de cada direito. Já a teoria relativa usa a ideia da máxima da proporcionalidade para explicar o valor do núcleo essencial. A restrição só seria legítima, portanto, no caso concreto. A garantia do respeito ao núcleo essencial seria equivalente ao respeito à máxima da proporcionalidade.

81

79 VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Restrição de direitos fundamentais e segurança pública: Uma análise penal-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1116, 22 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8627>>. Acesso em: 10 set. 2014

80 VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Restrição de direitos fundamentais e segurança pública: Uma análise penal-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1116, 22 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8627>>. Acesso em: 10 set. 2014

81 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 193.

Segundo Alexy, expoente dessa teoria, numa explicação singela e prática conseguiu expressar a ideia apresentada: o núcleo essencial dos direitos fundamentais é aquilo que resta depois de uma ponderação.⁸²

Conclui-se que a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais garante a segurança jurídica do ordenamento como um todo e evita que os julgamentos com base no sopesamento e na ponderação se tornem cruéis ao ponto de esvaziar completamente o direito fundamental de um dos lados da colisão.

Os direitos fundamentais são, portanto, o alicerce do Estado Constitucional e essa conquista eleva uma pluralidade de direitos ao mesmo patamar. E é exatamente essa pluralidade que enriquece o Estado Constitucional, acarretando a colisão de direitos fundamentais – que é puramente o conflito de interesses. A seguir se vê cada direito fundamental envolvido na questão das biografias não autorizadas tratado individualmente, para ser depois sopesado, no momento da análise da colisão.

82 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales [theorie der Grundrechte]. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 39.

2. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS CONSECUTORES

2.1 Considerações iniciais

A Constituição da República Federativa do Brasil tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, e este é o mais primário de todos os direitos, na garantia e proteção da própria pessoa como um último recurso, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revele excepcionalmente ineficaz, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito.⁸³

Os direitos e garantias fundamentais instituídos no art. 5º da Constituição tem como fonte axiológica a dignidade da pessoa humana. Em face desse princípio, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica e que todo o ordenamento jurídico tem na pessoa seu fundamento.⁸⁴

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a dignidade da pessoa humana é determinada pelo constituinte como “condição do fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”.⁸⁵

Todos os direitos fundamentais que serão tratados nesse capítulo são uma irradiação da dignidade da pessoa humana em suas mais variadas formas. Direito à liberdade

83 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I, 1993. P. 166.

84 ASCENSÃO, José oliveira. Teoria Geral do Civil. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 108.

85 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296

de expressão e de pensamento, direito à intimidade e à vida privada são exemplos de direitos fundamentais em lados opostos numa colisão, mas que são oriundos do mesmo princípio.

Quando fala em direitos da personalidade, Caio Mário aduz que estes não se tratam de direitos e que seria errado dizer que uma pessoa tem direito à personalidade. A afirmativa correta, segundo ele, é que da personalidade irradiam-se os direitos, ou seja, ela é o ponto de apoio de todos os direitos abaixo elencados. Como todo ser humano é sujeito das relações jurídicas, e a personalidade é um atributo a ele reconhecido, diz-se que toda pessoa é dotada de personalidade.⁸⁶

Segundo Pontes de Miranda, a personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornam fatos jurídicos, portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. Personalidade é o mesmo que ter capacidade de direito, poder ser sujeito de direito.⁸⁷ Nesse sentido, Clayton Reis⁸⁸ completa com a ideia de que personalidade e indivíduo se confundem, tendo em vista que até mesmo o animal possui personalidade jurídica, podendo exprimir sua vontade no mundo jurídico através de seu representante.⁸⁹

Os direitos da personalidade envolvidos na questão das biografias não autorizadas são aqui individualizados e seus conceitos são delimitados para permitir uma análise coerente da colisão e ponderação. A seguir se analisa o direito à liberdade de expressão sob um prisma legal, doutrinário e jurisprudencial; seguido pelo direito à intimidade e à vida privada, direito à honra e à dignidade e direito à imagem.

86 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil, p. 181-184.

87 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. P.205-206.

88 Clayton Reis é Juiz de Direito, Doutor e Mestre em Direito das Relações Públicas pela UFPR. Membro Fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, especialista em Responsabilidade Civil pela UEM.

89 REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1406>. Acesso em out 2014.

2.2 Liberdade de expressão

O *caput* do artigo 5º da Lei Maior traz a ideia de liberdade genérica prevista no texto constitucional que, segundo Leonardo Martins, abrange praticamente todo o conteúdo de garantias da Constituição e da legislação infraconstitucional e que se aplica a todos os titulares de direitos e garantias fundamentais.⁹⁰

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.⁹¹

Os direitos fundamentais que emanam desse *caput* – o qual traduz essa liberdade genérica como base constitucional – devem estar sempre vinculados a essa ideia, ou seja, devem fazer sentido dentro da expressão constitucional. Segundo Thiago Ruiz, a liberdade é inerente ao homem, anterior a sociedade, ao Direito e ao Estado.⁹²

A liberdade, de forma genérica, se ramifica em liberdade de expressão e liberdade de informação. Há quem diga que as expressões são praticamente sinônimas, divergindo apenas no critério de divulgação da verdade e na imparcialidade das informações.⁹³ Para Grandinetti, tais conceitos são diferentes:

[...] é importante sistematizar, de um lado o direito de informação e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apurados. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro,

90 MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47.

91 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

92 RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572/10268>>. Acesso em: 07 de setembro de 2014

93 CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda y. Apud. GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22

a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo.⁹⁴

Há, ainda, uma terceira denominação chamada de liberdade de imprensa.

Autores como Guerra afirmam que a liberdade de imprensa, como ela é hoje, é sinônimo de liberdade de informação, uma vez que na prática desempenham o mesmo papel. A diferença estava no seu campo de atuação no século XVIII, quando a liberdade de imprensa somente era a responsável pela difusão da informação.⁹⁵

José Afonso da Silva está entre os autores que reconhecem que os termos “liberdade de informação” e “liberdade de imprensa” são sinônimos, apenas com a ressalva para o termo “liberdade de informação jornalística”, que, em sua opinião, abrangeria qualquer meio de difusão de informações ao passo que a liberdade de imprensa está limitada à publicação de apenas documentos impressos.⁹⁶

Todavia, essa específica diferenciação já foi superada e o conceito de liberdade de imprensa aceito atualmente é “toda forma de produção de informação, seja ela escrita, mediante prensa, como também aquelas provenientes de rádio fusão sonora e de sons e imagens”.⁹⁷

Segundo Ayres Britto, no julgamento da ADPF 130/DF, afirmou que:

A Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta

94 CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

95 GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 77.

96 AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245-246.

97 GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 85.

última em sua tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem arrear pé ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se.⁹⁸

Em suma, todas as formas de divulgação da informação verídica são válidas para o exercício da democracia. A verdade tem maior probabilidade de vir à tona quando existe um mercado de ideias livremente divulgadas e debatidas, de modo que os cidadãos poderão tomar decisões mais acertadas se as diversas opiniões políticas puderem circular sem interferências.⁹⁹

O artigo 5º, inciso IV da Carta Magna aduz que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e em seu inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O constituinte de 88 fez questão de preservar a livre circulação de ideias, até pelo medo que o regime de exceção deixou pairando sobre o país depois da década de 80.¹⁰⁰

Há, ainda, o artigo 220 da Constituição, que diz:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.

1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

98 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgamento em 30.04.2009.

99 MILL, Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo: Escala, 2006.

100 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p, art. 5º.

2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.¹⁰¹

O Supremo Tribunal Federal tem destacado em seu magistério jurisprudencial a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, por se tratar de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à concepção do regime democrático de direito.¹⁰²

Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais) o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes.¹⁰³

Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa.¹⁰⁴

É que não se pode deixar de considerar, quando se faz um balanço dos direitos que estão enlaçados pela própria Constituição Federal, que cada qual, o direito à liberdade de expressão no seu maior alcance e os direitos da personalidade, tem uma característica científica que precisa ser determinada como pressuposto do equilíbrio a ser mantido na interpretação constitucional. Veja-se, por exemplo, como está na monumental

101 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p, art. 220.

102 Ministro Celso de Mello, no julgamento do AI 705 630-AgR, em 22.03.2011, Segunda Turma, DJe de 06.04.2011.

103 Relator Ministro Celso de Mello, AgRg no AI 690.841 SP, Segunda Turma, j. em 21.06.2011.

104 Relator Ministro Celso de Mello, AgRg no AI 690.841 SP, Segunda Turma, j. em 21.06.2011.

lição de Johannes Messner, em sua obra sobre o direito natural, que o ser humano tem uma esfera de valores próprios, postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com seus semelhantes.¹⁰⁵

O precursor da liberdade de expressão, John Milton, poeta e político inglês¹⁰⁶, escreveu *Areopagítica*, em 1644, uma obra que antecipou a defesa de uma prática que no futuro seria dominante nos países democráticos. Tratava-se da liberdade de publicar livros sem a autorização do imperador ou autoridade eclesiástica, reconhecendo que naquelas páginas nada havia contra o regime ou a crença dominante.¹⁰⁷

Nesta época, a liberdade era uma ficção, estava apenas nascendo no seio da sociedade o anseio pela liberdade de expressão. John Milton era contra a inquisição católica, que proibia a impressão de textos não autorizados por seus censores. Todas as impressões deveriam passar por um “nada consta”. Milton entendia que os membros do Parlamento e toda a sociedade deveriam ter acesso aos argumentos e opiniões contrárias e não apenas aquelas liberadas pelos poderosos.¹⁰⁸

O fato é que o direito à liberdade de expressão é inerente a um Estado Democrático de Direito que se coaduna com a proteção constitucional da informação, com o pluralismo de ideias, divergência de opiniões, ou seja, fatores que favorecem e enriquecem o debate público na sociedade.¹⁰⁹

105 Voto do Ministro Menezes Direito, no julgamento da ADPF 130-7 DF.

106 Seus tratados políticos foram consultados para a elaboração da Constituição dos Estados Unidos, em 1787.

Sua obra mais conhecida é um poema épico chamado *Paraíso Perdido*, escrito em verso branco, em 1667.

107 BLANCO, Patricia. Em audiência sobre o tema biografias não autorizadas, presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

108 DINES, Alberto. Artigo intitulado *Areopagítica*, 368 anos depois. Publicado em 03/12/2012 no Jornal de Debates do Observatório da Imprensa, Edição 722. Acesso em 08/09/2014. Disponível em http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/lt_i_gt_areopagitica_lt_i_gt_368_anos_depois

109 Relator Ministro Celso de Mello, AgRg no AI 690.841 SP, Segunda Turma, j. em 21.06.2011.

Todavia, deve-se ter prudência ao colocar o direito fundamental à liberdade de expressão num pedestal. Em que pese seu caráter garantidor de outros direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão pode se agigantar ao ponto de invadir direitos da personalidade. É o que se analisará em breve. Faz-se necessária, agora, uma análise individual dos direitos da personalidade.

2.3 Direito à intimidade e à vida privada

A concepção dominante patrimonialista do século XIX influenciou os direitos da personalidade como um todo, mais especificamente o direito à privacidade. Tendo como referência a inviolabilidade do domicílio para justificar a privacidade. A privacidade estaria adstrita, portanto, ao espaço de sua propriedade, às “quatro paredes”.¹¹⁰

Entretanto, para o Direito Civil Contemporâneo, a privacidade admitiu um perfil dinâmico, deixando para trás o paradigma de propriedade e se conceituando agora como o controle das informações pessoais do indivíduo. Ou ainda “a possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, direcionar ou mesmo interromper o fluxo de informações que lhe dizem respeito”.¹¹¹

A privacidade diz respeito com o recôndito do lar, com os assuntos individuais e particulares, com a gama de questões relativa à esfera pessoal. Já a intimidade se

110 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. Apud RODOTÁ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, Bologna: II Mulino, 1995, p. 122.

111 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. Apud RODOTÁ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, Bologna: II Mulino, 1995, p. 122.

refere à consciência do ser humano, ao que se situa na esfera interior envolvendo carinho, afeto, subjetividade.¹¹²

Milton Fernandes afirma que a vida privada deve permanecer inacessível até mesmo a amigos, pois é o âmbito do segredo ou sigilo, o espaço da tranquilidade e de imperturbabilidade, der Geheimbereich, da doutrina alemã.¹¹³

Já a intimidade diz respeito a um campo de atuação mais restrito do que a privacidade. Há quem sustente, portanto, que temas tratados em biografias sem autorização que noticiem fatos relativos apenas à vida privada devem ser legalizados. Uma vez que o biografado é pessoa pública, devido a sua notoriedade, o direito a privacidade dele é atenuado em decorrência do direito à informação da sociedade.¹¹⁴

Todavia, quando os assuntos contidos na biografia estiverem relacionados à intimidade, estes devem ser barrados, uma vez que a intimidade de uma pessoa, mesmo que pública, não pode ter serventia como informação histórica para a sociedade. Nesse sentido, a intimidade diz respeito, por exemplo, a perversões de âmbito sexual. Esse tipo de informação nada tem a agregar como fonte histórica.¹¹⁵

Já Arnaldo Rizzardo pensa diferente. Segundo ele, a notoriedade não abre as portas para a devassa da vida privada. Desde que o fato não tenha relação com sua vida pública, a intimidade e a privacidade merecem ser resguardadas e protegidas.¹¹⁶

112 RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 168.

113 FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. P.137 Apud RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 169.

114 RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 168.

115 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I, 1993. P. 166.

116 RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 169.

Daí que, como já foi dito anteriormente, devem ser respeitados não somente aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, de pronto aferível, mas aqueles relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, revelados diante dos outros homens. São direitos que se encontram reservados ao seu íntimo, que a ninguém é dado invadir, porque integram a privacidade do seu existir, da sua consciência.¹¹⁷

Há também quem pense¹¹⁸ que quem se serve do público, deve servir ao público. Portanto, não deveriam existir impedimentos para publicizar a vida privada ou a intimidade de pessoas com notoriedade.

Para ilustrar uma proteção a intimidade do indivíduo no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o Caso Garrincha¹¹⁹, cujo excerto do acórdão foi reproduzido abaixo.¹²⁰

*(...) atenta ainda o Livro agressivamente contra a intimidade do Garrincha, trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do Livro; seria grosseiro e deprimente. (...)*¹²¹

O que se pode concluir a respeito dessas divergentes posições é que, embora as opiniões sejam variadas quanto à responsabilização em caso de invasão de privacidade de pessoas com vida pública, é evidente que em alguns casos, a exemplo do caso citado acima, o

117 Voto do Ministro Menezes Direito, no julgamento da ADPF 130-7 DF.

118 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

119 Foi uma responsabilização póstuma, em que o Ministro Cesar Asfor Rocha, ao julgar a apelação das filhas de Garrincha determinou que o autor do livro pagasse a elas 100 salários mínimos, além de cinco por cento do valor total arrecadado pelo livro.

120 O Caso Garrincha será analisado com mais detalhes na página 62 deste trabalho.

121 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/inteiro-teor-12903408>

direito à privacidade e intimidade deve prevalecer em detrimento da liberdade de expressão, por respeito ao indivíduo.

2.4 Direito à honra e a dignidade

A honra, segundo Edilson Farias, é uma das primeiras manifestações em defesa de valores ou qualidades morais da pessoa humana.¹²² Diz respeito tanto à autoestima e consideração pessoal quanto à respeitabilidade perante a sociedade. Dentre os direitos da personalidade, o direito à honra é tido como um dos mais relevantes.

Honra, vem do latim honor, indica a própria dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade e probidade. A honra e a dignidade se aproximam, equivalendo à reputação, ou seja, a consideração social que cada pessoa merece. Segundo Rizzardo, a honra se refere ao meio social, o grupo de pessoas com as quais se convive. A dignidade, por sua vez, diz respeito a um autoconceito de si, aos valores intrínsecos em sua mentalidade.¹²³

Entretanto, esse conceito que Rizzardo chama de dignidade é tratado por muitos outros autores como honra objetiva. É o mesmo aspecto material tratado sob duas denominações diferentes. A honra divide-se, portanto, em objetiva e subjetiva. A primeira diz respeito ao amor próprio, ao sentimento da própria dignidade, à consciência do próprio valor

122 FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 108.

123 RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 168.

moral e social. A segunda é o respeito, a fama, a reputação que o indivíduo ostenta perante a sociedade.¹²⁴

São conceitos diferentes para um mesmo objeto, ou seja, em uma invasão de privacidade em que o biógrafo desrespeite o biografado, atingindo o seu íntimo e também sua respeitabilidade perante a sociedade e sua reputação, estará sendo violado o direito à privacidade, intimidade, honra subjetiva e objetiva, dignidade e imagem.

Segundo Gilmar Mendes, Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X.¹²⁵

2.5 Direito à imagem

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, atualizadora da obra de Pontes de Miranda, traz um caso curioso em que, segundo ela, os julgadores confundiram o conceito de intimidade, imagem de pessoa privada e pública, fatos relevantes pra informação jornalística, entre outros. O fato foi que um jornal publicou, na primeira página, a foto de uma mulher com o tronco desnudo, seios á mostra e rosto perfeitamente revelado. O objetivo era informar o fato de que, num dia bonito de sol, muitas pessoas foram à praia e, algumas delas,

124 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. VI. Arts. 137 a 154. Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 39.

125 Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2864564&tipoApp=RTF>.

praticaram “top-less”. A mulher, se sentindo constrangida com o fato de sua imagem ter divulgada espetacularmente, ajuizou ação de indenização por danos morais. O STJ entendeu que não caberia a indenização.¹²⁶

Todavia, a análise de Rosa Maria Barreto é diferente. Ela afirma que o jornal deveria ter sido condenado a indenizá-la por abuso do direito de informar, ou no mínimo, por uso não autorizado de sua imagem.¹²⁷ A identificação de alguém, por captação de imagem própria tomada por repórter, sem a sua autorização, pode justificar pretensão indenizatória, se ficar demonstrado que o órgão de imprensa não precisava daquela manobra para dar a notícia de seu interesse, mas o fez para obter uma vantagem tornar a notícia mais atrativa, à custa de um dado experimentado pela vítima.

Nesse sentido, a tese de Stuart Mill chamada de princípio do dano, é aplicável. Segundo tal princípio, o direito à liberdade é uma garantia e deve imperar em todas as esferas, exceto nos casos em que o exercício dessa liberdade causa dano à outra pessoa. Nesse caso, segundo ele, é legítima a intervenção. Mesmo nos casos em que o indivíduo causa dano a si mesmo, ele sustenta o exercício da liberdade. No caso analisado, portanto, seria legítima a intervenção, tendo em vista o dano que a veiculação da imagem causou a mulher.¹²⁸

A imagem, como vista no caso narrado e como se vê rotineiramente em muitos outros, é compreendida como um ativo economicamente apreciável, e que, portanto, é

126 STJ, REsp 595.600/SC, 4ª Turma, v.u., j. 18/03/2004, relator Ministro Cesar Asfor Rocha. O pedido de indenização foi negado com base no argumento de que se a mulher expõe sua imagem em cenário público, não é indevida a reprodução de sua imagem pela imprensa, já que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Nas palavras do próprio julgador: “Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem”.

127 MIRANDA, Pontes de. 1892-1979. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito de Personalidade. Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122-123.

128 MILL, Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo: Escala, 2006.

sujeito a precificação. Sua proteção seria conferida ao poder concedido para sua exploração, pelo titular ou por terceiros, mediante sua autorização, seguindo uma lógica proprietária incompatível com os direitos de personalidade.¹²⁹ A respeito do proveito econômico do uso da imagem, confere-se o excerto a seguir:

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (...). Constituem, assim, atos ilícitos, não só o uso não consentido, como também o uso que extrapole os limites contratuais (em finalidade diversa, ou não expressamente ajustada), em qualquer situação em que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica.¹³⁰

De acordo com Pontes de Miranda: “O próprio direito, a pretensão e a ação, para se opor à difusão da imagem, nada tem com o direito de personalidade à imagem, que é direito à identidade pessoal”¹³¹.

129 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P.14. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%20F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

130 BITTAR, Carlos Alberto. Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. Pp. 87-89.

131 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. P.58

3. COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

3.1 Explicações necessárias

Toda a celeuma em torno das biografias não autorizadas se deu, talvez, pela redação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a qual permitiu uma controvérsia interpretativa. Destinado a abrigar contemporaneamente diversos interesses, permitiu leituras equivocadas, acarretando em polêmica colisão de direitos fundamentais.¹³²

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Para enfatizar ainda mais o direito à privacidade, o legislador optou por explicitar no artigo 21 a inviolabilidade da vida privada do indivíduo. A legislação acerca dos direitos da personalidade só foi inserida em nosso ordenamento na oportunidade do Código

132 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P 6. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

Civil de 2002, tendo em vista que o antigo Código não previa em nenhum artigo, nem sequer indiretamente, essa garantia à inviolabilidade da vida privada.¹³³

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O artigo 5º da nossa Lei Maior é conhecido como o grande rol das garantias e direitos fundamentais e, de fato, nele se encontram dispositivos garantidores tanto do direito à informação, à liberdade de expressão e de pensamento tanto quanto do direito à privacidade, intimidade, honra e imagem. Tais dispositivos não são incompatíveis nem incoerentes. Estão dispostos na Constituição exatamente para possibilitar um sopesamento, uma adequação ao caso concreto, como veremos mais adiante. Abaixo, a literalidade dos dispositivos.

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

133 Comparativo do Código Civil de 1916 com o Código atual de 2002, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>> Acesso em 06.09.2014.

Há, ainda, no artigo 220 da nossa Constituição, um reforço à liberdade de expressão e uma garantia expressa da liberdade de informação. Tão expressa que quase revela em seu texto um repúdio a censura.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Na concepção de Dimoulis e Martins, o conflito entre direitos fundamentais é determinado quando um titular, em pleno exercício de seus direitos, impede o exercício dos direitos fundamentais de outro titular desses direitos.¹³⁴ Segundo Gilmar Mendes, a colisão dos direitos fundamentais se dá quando “um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental”.¹³⁵

Exatamente o que acontece no caso das biografias não autorizadas, como se observará a seguir.

134 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 162.

135 RUFNER, Grundrechtskonflikte. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2011, p. 266.

3.2 O gênero biográfico

É imperioso recortar a finalidade da biografia para que o estudo do tema das biografias não autorizadas se torne mais profundo. Desse modo, ficará evidente qual o objetivo de uma biografia, suas características inerentes ao gênero literário e o que ela representa para a historiografia de uma região.

Plutarco, o autor grego das primeiras biografias de que se tem notícia, escreveu sobre Alexandre, rei macedônio do século IV a.C. e, abaixo, consta a literalidade de suas palavras, no capítulo de Vidas Paralelas:

Não me pus a escrever histórias, mas vidas somente; e as mais altas e gloriosas proezas nem sempre são aquelas que mostram melhor o vício e a virtude do homem. Ao contrário, muitas vezes uma ligeira coisa, uma palavra ou uma brincadeira põem com mais clareza em evidência o natural das pessoas.¹³⁶

A biografia é um antigo gênero da literatura que tem por proposta narrar a história de uma vida. Assim, toda a narrativa é centralizada nos acontecimentos da vida de um indivíduo. O discurso biográfico é híbrido, fundindo os recursos da literatura e do jornalismo e, como um subgênero do jornalismo literário, usa métodos da História para reconstruir o passado e é visto como uma forma de preservação da memória.¹³⁷

Etimologicamente, a palavra biografia é composta por bio (indicativo de “vida”, com origem no grego bíos) e grafia (de grafo [+ sufixo -ia], elemento que traduz as

¹³⁶ Plutarco, em Vidas Paralelas. Coleção Autores Gregos e Latinos. Tradução do grego de Marta Várzeas. Universidade do Porto. Editora Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos. Edição 1/2010. Disponível em < https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/47/1/plutarco_vidas_demostenes_cicero.pdf>. E <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-que-seria-da-historia-sem-as-biografias-nao-autorizadas-vejam-os-exemplos-de-hitler-stalin-e-darwin-entre-outros/>>. Acesso em 05/07/2014.

¹³⁷ VILAS BOAS, Sergio. Biografias e biógrafos: jornalismo sobre personagens. São Paulo. Summus. 2002, p 20.

ideias de “escrever” e “descrever”, com origem no grego grápho-, “escrever”). Portanto, biografar significa, basicamente, escrever vidas.¹³⁸ Na definição de Vilas Boas, biografia é:

Em rigor é a compilação de uma (ou várias) vida (s). Pode ser impressa em papel, mas outros meios, como cinema, televisão e teatro podem acolhê-la bastante bem.¹³⁹

A biografia constitui parte do campo mais amplo da historiografia. O estudo de protagonistas da História é instrumento indispensável ao conhecimento de época histórica em suas dimensões política, social e cultural.¹⁴⁰

O historiador e jornalista José Murilo de Carvalho, em audiência pública sobre o tema, definiu biografias da seguinte forma:

Biografias são um tipo de gênero literário e uma fonte histórica. Uma cultura não pode prescindir dela, nem aceitar que se transforme em meros sucedâneos de material de divulgação publicitária.¹⁴¹

Na mesma audiência, a representante do Instituto Palavra Aberta, Patricia Blanco, ressaltou que as obras como biografias trazem conteúdo simbólico que ultrapassam seu caráter comercial e retratam épocas e situações de interesse geral. O Instituto do qual ela é representante é *amicus curiae* na ADI 4815.¹⁴²

138 PEREIRA, L. dos Santos. A biografia no âmbito do jornalismo literário. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2007.

139 VILAS BOAS, Sergio. Biografias e biógrafos: jornalismo sobre personagens. São Paulo. Summus. 2002, p 18.

140 Estas foram palavras de José Murilo de Carvalho, na Audiência Pública sobre biografias não autorizadas, presidida pela Ministra Carmen Lúcia. José Murilo de Carvalho foi o escritor da biografia de D. Pedro II, eterno defensor da liberdade de imprensa, e, na mesma oportunidade, declara que, mesmo tendo revelado detalhes sobre a vida privada do imperador, nenhum integrante da família real o processou ou censurou de qualquer forma. Citou, inclusive, uma frase muito usada pelo falecido imperador: “Quem controla a imprensa é a própria imprensa”.

141 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

142 BLANCO, Patricia. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

Essa audiência pública foi de grande valia para o diálogo a respeito das biografias não autorizadas, e várias pessoas envolvidas e atingidas por essa situação foram chamadas, como veremos a seguir. Adiante constam os argumentos contra e a favor à proibição das biografias não autorizadas.

3.3 Argumentos a favor e contra a proibição das biografias não autorizadas

3.3.1 Argumentos contra a proibição das biografias não autorizadas

Os argumentos a favor da liberação das biografias sem autorização são sustentados por editores de livros, escritores, jornalistas, biógrafos, historiadores, entre outros. O primeiro argumento a ser analisado aqui é a ideia de que a proibição é uma censura privada, por via judicial, das biografias não autorizadas.

História e biografia passaram a ser dependentes dos mesmos requisitos para serem confiáveis. São eles: Liberdade de acesso às fontes, liberdade de interpretação e liberdade de escrita. Qualquer produto biográfico ou historiográfico que não se baseie nesses requisitos carece de credibilidade. Submeter as biografias à censura prévia, como faz o Código Civil, elimina a possibilidade da produção de obras confiáveis.¹⁴³

O leitor e o cidadão só poderão ter acesso a versões autorizadas e serão vítimas de uma fraude da qual não podem defender-se. Estarão em pior situação do que o

143 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

consumidor amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando adquire um produto defeituoso.¹⁴⁴

A defesa da censura prévia é no mínimo incoerente. As pessoas são públicas porque optaram por uma vida pública, por viver do público, cortejando o público e servir-se do público e não querer servir o público é uma grande incoerência. Além de revelar uma visão tosca da posição que esse indivíduo ocupa na sociedade. Essa visão amesquinha o próprio papel social que artistas representam como parte integrante da cultura nacional.¹⁴⁵

Joaquim Barbosa, ex-presidente do STF, se declara contra a proibição das biografias não autorizadas, sob o argumento de que constitui censura prévia, mas em contrapartida, declara que os autores que causassem devastação na vida do biografado deveriam sofrer o ônus de indenizações pesadas.¹⁴⁶

Levada às últimas consequências, a censura prévia prevista no Código Civil pode tornar inviável a publicação de qualquer notícia ou opinião que possam ser interpretadas como ofensivas a honra e a imagem de qualquer um que assim o julgar. Já existe entre jornalistas e editores a tendência à prática de autocensura com objetivo de evitar processos com aqueles que se sintam ofendidos. Cria-se, com isto, uma casta de intocáveis, para a qual não há lugar na República. Podemos estar caminhando para o atropelamento da liberdade de

144 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

145 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

146 Declaração de Joaquim Barbosa em entrevista após o painel Avanços e Retrocessos Institucionais, na Conferência Global de Jornalismo Investigativo, na Pontifícia Universidade Católica (PUC). Disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-14/presidente-do-stf-defende-publicacao-de-biografias-nao-autorizadas>. Acesso em 16/08/2014.

expressão, a eliminação do contraditório e do choque de ideias que são as bases de uma república democrática.¹⁴⁷

Segundo Patricia Blanco, a restrição às biografias revela que o Brasil é um dos únicos países democráticos com restrições nessa ordem. Em todo o mundo, a biografia é um gênero literário considerado autônomo. Uma atividade historiográfica que independe do consentimento de personalidades públicas ou celebridades.¹⁴⁸

Ainda na defesa da liberação, ela faz uma comparação: se, por exemplo, na Europa, alguém que fosse escrever sobre uma vítima do holocausto estivesse sujeito a pedir autorização prévia ou pagar royalties aos carrascos nazistas.¹⁴⁹

O segundo argumento relevante diz respeito à história pessoal da pessoa com notoriedade pública e o fato dela se confundir com a história da coletividade. Ou seja, a história do indivíduo seria parte da história da sociedade, e não se pode negar a um povo o direito de conhecer sua própria história, nem o direito à informação.

As biografias revelam narrativas históricas descritas a partir de referências subjetivas, ou seja, do ponto de vista dos protagonistas dos fatos que integram a história. Tais fatos, só por serem considerados históricos, já revelam seu interesse público, em favor da liberdade de informar e de ser informado, da memória e da identidade cultural da sociedade.¹⁵⁰

147 CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

148 BLANCO, Patricia. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

149 BLANCO, Patricia. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P. 3. Disponível em

Os homens públicos que, por assim dizer, protagonizam a história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente a sua vida pessoal e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato histórico e a biografias. O professor Tepedino defende que qualquer condicionamento dessas obras biográficas ao consentimento do biografado, sacrifica conceitualmente o direito fundamental à informação, por estabelecer seleção subjetiva de fatos a serem narrados.¹⁵¹

Segundo ele, há incongruência lógica, teleológica, dogmática e sistemática entre as liberdades de expressão e de pensamento e a escolha de fatos a serem admitidos em obras biográficas.¹⁵²

O fato é que a pessoa privada, ao adquirir notoriedade pública, tem uma redução em sua esfera de privacidade, ao admitir que sua história de vida pessoal faça parte da história da coletividade. E não se pode negar a um povo o direito de saber de sua própria história. Uma censura privada afronta o direito a liberdade de expressão dos autores e o direito a informação de todos os cidadãos. A sociedade tem direito à informação, tem o direito de conhecer os pormenores de sua história, mesmo que para isso, uma parcela da privacidade de um indivíduo em específico seja diminuída. Nesse caso, coloca-se o direito coletivo em detrimento do direito do indivíduo.¹⁵³

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

151 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P 3. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

152 TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P 3. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

153 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>

Gustavo Binembjom, representando a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, acredita que 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).¹⁵⁴

Ainda acrescenta que mesmo que o pretense propósito do legislador tenha sido proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, a interpretação do jeito como está acaba por violar os direitos acima mencionados.¹⁵⁵

Um aspecto crucial nessa teia de argumentos é o peso que possui o direito à liberdade de expressão para o povo brasileiro. A sacralidade de determinados valores é peculiar e inerente à cada sociedade, cada uma atribui importância maior ou menor a seus valores morais, éticos, religiosos. O direito à liberdade de expressão e sua posição preferencial ganhou força no Brasil principalmente após o trauma da ditadura militar.

A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão, chamada também de preferred position, é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Oriunda do ordenamento jurídico dos EUA, um dos países mais liberais do mundo, coloca o direito à liberdade de expressão numa posição preferencial em relação aos outros direitos fundamentais, uma vez que a liberdade de expressão é essencial ao debate público e

154 Declaração do advogado representante da ANEL, Gustavo Binembjom, na ação direta de inconstitucionalidade 4815. Disponível em < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-23/em-novembro-stf-ira-ouvir-sociedade-sobre-biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em 16/08/2014.

155 Declaração do advogado representante da ANEL, Gustavo Binembjom, na ação direta de inconstitucionalidade 4815. Disponível em < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-23/em-novembro-stf-ira-ouvir-sociedade-sobre-biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em 16/08/2014.

formação da opinião pública pluralista. A garantia de uma posição preferencial à liberdade de expressão permite uma concretização de vários outros direitos fundamentais.¹⁵⁶

O pensamento de Edilson Farias é de que no caso de colisão com outros direitos fundamentais, portanto, deve prevalecer o direito a liberdade de expressão pelo simples fato de ser ele um elemento condicionador da democracia pluralista e premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.¹⁵⁷

Uma justificativa para a aceitação dessa doutrina no Brasil é o arcabouço histórico que a sociedade carrega em sua memória. A ditadura deixou sequelas e um trauma enraizado no íntimo de todos os indivíduos. Qualquer intervenção estatal proibindo alguma publicação em razão de seu conteúdo já não será vista com bons olhos pelo medo que a censura deixou pairando no ar.¹⁵⁸

O que alguns autores sustentam é que, nem sempre, essa intervenção estatal deve ser arbitrária. E que muitas vezes ela seria até garantidora da liberdade de expressão, permitindo o direito de resposta, ou seja, chamando mais pessoas a fazerem uso de seu direito a liberdade de expressão e proporcionando, assim, um debate – algo muito mais enriquecedor pra sociedade do que simplesmente uma publicação ofensiva.¹⁵⁹

156 SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

157 FARIAS, Edilson. Colisão de Direitos Fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1996, p. 134/135.

158 SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

159 SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

É praticamente consensual e assente que a liberdade de expressão ocupa essa posição preferencial, já que restrições a ela, mesmo em casos de colisão com outros direitos fundamentais, devem ter caráter excepcional. Esse entendimento é consagrado por diversos tribunais constitucionais ao redor do mundo e se deve ao fato de que a liberdade de expressão possui além de um caráter individual, um papel coletivo essencial para o exercício da democracia, servindo de alicerce para a concretização de outros direitos fundamentais e contribuindo para um amplo debate público.¹⁶⁰

De fato, é evidente que uma restrição ao direito das pessoas de expressar seu pensamento também dificulta o exercício de crenças políticas e religiosas, o controle dos atos do governo, a liberdade de associação, e portanto, a democracia em si, que é inerente a um Estado Democrático de Direito como o nosso.¹⁶¹

Tendo sido esclarecido essa questão da posição preferencial do direito a liberdade de expressão pelo fato de seu valor coletivo como condicionador da democracia e proporcionador de um amplo debate, faz-se necessário ressaltar que também o seu caráter individual é considerado em casos concretos.

A título exemplificativo, no STF, tem-se o HC 82.424-2/RS, o caso Ellwanger, no qual o direito a liberdade de expressão foi tratado principalmente por seu âmbito de proteção como direito individual. O STF indeferiu o pedido, com o fundamento de que a edição de livro disseminando as ideias antissemitas configura-se ilicitude penal

160 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

161 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

tipificada em escrever, editar, publicar e comentar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.¹⁶²

A liberdade de expressão, portanto, não é absoluta, em nenhum caso. Assim se manifestou o Ministro Gilmar Mendes:

Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana (...). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.¹⁶³

Conclui-se que, embora o direito fundamental a liberdade de expressão tenha uma posição preferencial diante de outros direitos; no caso concreto, considerando o caráter individual dos direitos fundamentais, faz-se uso do juízo de ponderação para verificar os demais valores que estão em colisão para serem adequadamente sopesados, podendo, então, a liberdade de expressão sofrer restrições.¹⁶⁴

3.3.2 Argumentos a favor da proibição das biografias não autorizadas

A respeito do argumento de que a liberação é inconstitucional, tendo em vista o artigo 5º, inciso X da CF, tem-se que a pessoa pública é, acima de tudo, um ser humano. Um ser humano que tem personalidade e faz jus a todos os direitos advindo dela

162 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC82424/RS. Ministro Relator Moreira Alves. Julgado pelo Tribunal Pleno em 17/09/2003. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em 17/08/2014.

163 MENDES, Gilmar. Pediu vista dos autos para melhor analisar a questão e prolatou seu voto-vista nesse sentido do excerto apresentado. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em 10/08/2014.

164 NETO, Olavo. E BARROS, Janete. Liberdade de expressão e de reunião e a posição de precedência. Trabalho que analisa o julgamento do STF na ADPF 187/DF. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=656f0dbf9392657e>>. Acesso em 16/09/2014.

como toda e qualquer outra pessoa que goze do anonimato. É importante verificar a literalidade do artigo:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Já sobre o caráter sensacionalista e oportunista das biografias não autorizadas, a discussão vem ganhando espaço e paulatinamente adquirindo mais adeptos da ideia de que a atual onda biográfica tem muito de sensacionalismo.¹⁶⁵

O sucesso do gênero decorre de uma opção mercadológica centrada preferencialmente em figuras célebres recém falecidas. Nas palavras do jornalista Alberto Dines, trata-se de uma exumação interesseira sem a conotação do biografismo legítimo, que busca principalmente a reconstituição do passado esquecido e evocação daqueles que sumiram no tempo.¹⁶⁶

Quanto ao argumento de que a dignidade da pessoa humana é uma garantia dos direitos de personalidade, faz-se necessário uma reflexão antes da análise propriamente dita.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III da Constituição Federal garante a qualquer pessoa direitos fundamentais como os direitos de personalidade, entre eles o direito a privacidade, intimidade, honra e imagem. Em algumas situações, a preservação desses direitos significa a própria dignidade daquela pessoa.

165 BELCHIMOL, Jaime (org). “Narrativa documental e literária nas biografias”, Manguinhos: história, ciência, saúde. Rio de Janeiro, Vol 2, N° 2, JUL. –OUT.1995, P.104.

166 BELCHIMOL, Jaime (org). “Narrativa documental e literária nas biografias”, Manguinhos: história, ciência, saúde. Rio de Janeiro, Vol 2, N° 2, JUL. –OUT.1995, P.104.

O que está acontecendo no caso das biografias não autorizadas é reduzir a dignidade humana a uma indenização. Esta, segundo advogado de Roberto Carlos, Antônio Calos de Almeida Castro, é uma atitude empobrecedora.¹⁶⁷

Segundo ele, o indivíduo tem a opção de escolher, processualmente, se deseja a tutela inibitória ou a tutela indenizatória. Ou seja, entre proibir a circulação do livro ou receber a indenização. Para algumas pessoas, a indenização compensa o dano. Entretanto, para outras, a tutela inibitória seria mais adequada e se aproximaria mais da compensação do dano.¹⁶⁸

O fato é que a dignidade da pessoa humana é o alicerce do qual emanam todos os direitos e garantias fundamentais, portanto, a discussão levando em conta o argumento baseado na dignidade da pessoa humana é muito ampla, e ambos os lados estarão com embasamento suficiente para se manter no diálogo. Portanto, a dignidade da pessoa humana, conforme já foi dito anteriormente, é um direito que pode ser usado na argumentação tanto a favor da liberação quanto contra a mesma, não podendo ser invocado como fundamento decisivo no presente caso.

Um aspecto muito interessante que está sendo debatido nesta celeuma é o efeito dissuasório das sanções a posteriori. A sociedade brasileira tem preferência por mecanismos que compensem danos gerados pelo abuso da liberdade de expressão sem que

¹⁶⁷ http://oglobo.globo.com/blogs/blog_gente_boa/posts/2014/03/01/advogado-de-roberto-carlos-desmente-cineasta-fernando-meirelles-526296.asp. Acesso em 16/09/2014.

¹⁶⁸ As informações foram extraídas de vários sites de reportagens e entrevistas com Antonio Carlos de Almeida Castro, o Kakay. <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/11/1369804-em-nenhum-pais-existe-direito-absoluto-diz-kakay-advogado-de-roberto-carlos.shtml> Acesso em 16/09/2014.

seja necessário a proibição prévia da divulgação. Todavia, a sanção a posteriori, por muitas vezes, se mostra mais inibidora da liberdade de expressão do que a sanção prévia.¹⁶⁹

Há jurisprudência nesse sentido, para comprovar que, além do anseio da sociedade pela proibição prévia, também os julgadores muitas vezes optam por esse caminho. Entretanto, nem sempre ele é a melhor opção, como será demonstrado a seguir.

RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. CENSURA PRÉVIA A VEÍCULO DE IMPRENSA. INADMISSIBILIDADE. 1. Na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal proibiu enfaticamente a censura prévia de publicações jornalísticas, como determina a Constituição. 2. Ao vedar a divulgação de notícia sobre apuração criminal supostamente envolvendo Governador de Estado, a decisão reclamada aparentemente violou essa orientação. 3. Liminar deferida.¹⁷⁰

O caminho mais pacífico que foi encontrado para a compensação do dano causado pelas biografias não autorizadas é o pagamento de indenizações ao ofendido. Entretanto, o dano moral por si só, é completamente subjetivo. O arbitramento da compensação por danos morais é feito pelo juiz analisando o caso concreto, embora se saiba que existe uma tabela com valores de referência.¹⁷¹

Desse modo, o biógrafo se sente inibido, amedrontado pela possibilidade de incorrer na referida responsabilização civil e ser condenado a pagar

169 Medida Cautelar na Reclamação 18638 Ceará. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL18638.pdf>. Acesso em 02/09/2014.

170 Medida Cautelar na Reclamação 18638 Ceará. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL18638.pdf>. Acesso em 02/09/2014.

171 ANTUNES, Julia Caiuby. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100009>. Acesso em 02.09.2014. E artigo publicado pelo site jurídico Conjur, disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em 02/09/2014.

indenizações pesadas ou até mesmo ser preso. Por esse motivo, a ele parece mais sensato ficar calado. Essa é uma postura que macula a liberdade de expressão na sua essência.¹⁷²

É chamada de *chilling effect* pela doutrina americana e no Brasil, comumente conhecida como autocensura. A autocensura pode ter um poder mais devastador do que a censura prévia, uma vez que, naquela, a repressão se encontra na intimidade do autor, numa esfera que ninguém poderia intervir.¹⁷³

O argumento para se sustentar a ideia de que a censura prévia causa mais prejuízo do que a censura posterior é a de que a restrição à liberdade de expressão é menor nesta do que naquela. As sanções prévias deveriam ser apenas excepcionais, para que conferisse maior eficácia possível aos princípios envolvidos. Entretanto, como bem ilustra o *chilling effect*, há controvérsias.¹⁷⁴

Bertoni afirma que a explicação para a preferência da sociedade pela sanção posterior está na história. Ocorre que foi a censura prévia, e não responsabilizações posteriores, o mecanismo utilizado por regimes autoritários para controlar a população e calar os opositores ao governo.¹⁷⁵

172 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

173 Pesquisa de jurisprudência, vide por todas <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113576713/recurso-em-sentido-estrito-rse-70054843966-rs/inteiro-teor-113576723>. Acesso em 02/10/2014.

174 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

175 BERTONI, Eduardo Andrés, Libertad de expresión en el Estado de derecho, p. 83 e ss.

Há quem sustente a ideia de que a afirmação que com a responsabilização posterior à obra nada foi proibido e que os valores constitucionais foram garantidos é simplesmente uma fórmula que permite aos juristas dormir tranquilos.¹⁷⁶

Há, ainda, uma corrente que aponta uma falha lógico-jurídica no argumento a favor da liberação. A situação é a seguinte: se a informação divulgada produzirá um dano antijurídico, ou seja, que atente contra os preceitos jurídicos, o direito não deveria permanecer inerte diante da possibilidade de evitar esse dano, proibindo a publicação. O raciocínio também é válido considerado o outro lado da moeda. Ou seja, se o princípio da liberdade de expressão é suficiente para legitimar o dano causado, não há razão para responsabilizações posteriores.¹⁷⁷

Afirmar que a liberdade de expressão é garantida e, depois da obra publicada, impor sanções limitadoras dessa liberdade é incoerente. Quando a situação é vista dessa maneira, as responsabilizações/censura a posteriori não parecem a melhor forma de concretizar os ideais constitucionais.¹⁷⁸

O que os defensores desse argumento pugnam é por uma posição clara do ordenamento jurídico brasileiro. Ou se considera que o valor da liberdade de expressão legitima a ocorrência de um dano e que este dano, por si só, não é suficiente para ensejar nenhum tipo de responsabilização, pois estará garantindo o exercício da liberdade de

176 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

177 BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, p. 83

178 BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, p. 83 e ss.

expressão. Ou se considera que evitar um dano que afronta os princípios constitucionais¹⁷⁹ é suficiente para legitimar a proibição de uma publicação.¹⁸⁰

3.4 Colisão entre liberdade de expressão e intimidade: método da ponderação

Existem várias colisões de direito fundamental à liberdade com direito fundamental à intimidade, entretanto, estes retratados aqui foram escolhidos por representar ordenamentos jurídicos inteiros, pela facilidade de acesso às fontes e pela repercussão atribuída a eles no âmbito interno e internacional. A análise começa pelos casos nacionais, e o primeiro a ser narrado é um caso muito popular, como se vê a seguir.

Um dos casos que mais ganhou visibilidade no Brasil foi o caso do Roberto Carlos. O Rei já teve mais de 100 biografias não autorizadas publicadas, entretanto, uma especificamente o incomodou. A biografia chamada Roberto Carlos em detalhes foi lançada em 2006 e trouxe trechos com os quais o rei não concordou e, por este motivo, recorreu ao Judiciário. Roberto alega que o autor teria forjado entrevistas, como por exemplo, a entrevista com o cantor Chico Buarque e que, principalmente, violou sua intimidade revelando assuntos que ele não estava preparado para dividir com a sociedade.¹⁸¹

179 A vida privada, intimidade, honra e imagem. Artigo 5º, inciso X.

180 PIBIC pelo Departamento de Direito da PUC-RJ, “A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura”. Elaborada por Eduardo Pereira sob a orientação de Fábio Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduardo.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

181 Pesquisas em sites de reportagens e notícias, como os elencados abaixo. <http://ultimosegundo.ig.com.br/cultura/livros/2014-05-21/advogados-de-roberto-carlos-avaliam-novo-livro-de-paulo-cesar-de-araujo.html>, <http://www.sermelhor.com.br/livros/roberto-carlos-em-detalhes-sim-eu-li-a-biografia-proibida-do-rei.html>, <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2014/05/roberto-carlos-aciona-advogados-apos-lancamento-de-livro-secreto.html>.

O escritor é Paulo Cesar de Araújo¹⁸² um jornalista e historiador brasileiro, que fez um acordo durante o processo ajuizado por Roberto Carlos e, dessa forma, deu fim ao processo. A obra chegou a vender 22 mil exemplares até ter sua divulgação proibida por determinação da 20ª Vara Criminal da Barra Funda, São Paulo. O rei moveu duas ações tendentes a proibir a circulação da obra, uma contra o autor e outra contra a Editora Planeta. Roberto desistiu da indenização que pleiteou em troca do retirada do livro das livrarias e a promessa da não divulgação da obra – este foi o acordo assinado pelas partes.

Entretanto, em várias entrevistas posteriores ao ocorrido, Roberto Carlos se declara insatisfeito com o fato de que uma simples indenização compensaria o dano causado por uma obra que violasse sua intimidade e privacidade. De fato, com a interpretação que tem se dado aos artigos 20 e 21 do Código Civil, o indivíduo que se sente devastado por alguma publicação a seu respeito, tem a opção de acionar o Judiciário pleiteando uma ação indenizatória ou inibitória. Esta última, uma obrigação de não fazer, ou seja, de não divulgar a obra, de retirar o livro das livrarias e se comprometer a não mais produzi-lo ou comercializá-lo, é o grande alvo de críticas.¹⁸³

A associação Procure Saber, da qual Roberto Carlos era um dos fundadores, é clara em sua posição: defende a proibição das biografias não autorizadas. Já Roberto Carlos, em 2013 se desvinculou da associação¹⁸⁴ e hoje afirma que concorda com a publicação de

182 Mais informações sobre seus estudos e carreira em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paulo_C%C3%A9sar_de_Ara%C3%BAjo>. Acesso em 17/08/2014.

183 Pesquisas em sites de reportagens e notícias, como os elencados abaixo. <http://ultimosegundo.ig.com.br/cultura/livros/2014-05-21/advogados-de-roberto-carlos-avaliam-novo-livro-de-paulo-cesar-de-araujo.html>, <http://www.sermelhor.com.br/livros/roberto-carlos-em-detalhes-sim-eu-li-a-biografia-proibida-do-rei.html>, <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2014/05/roberto-carlos-aciona-advogados-apos-lancamento-de-livro-secreto.html>.

184 Pesquisas em sites de reportagens e notícias, como os elencados abaixo. <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/11/1367417-roberto-carlos-rompe-com-procure-saber-depois-de-ataque-de-caetano.shtml> <http://g1.globo.com/musica/noticia/2013/11/roberto-carlos-anuncia-saida-do-grupo-procure-saber.html>

biografias não autorizadas, desde que com ajustes e conversas entre o biógrafo e o biografado.¹⁸⁵

No caso analisado, o direito a privacidade de uma pessoa pública está em conflito com o direito a liberdade de expressão de um historiador brasileiro. A pessoa pública tem sua história pessoal inserida na história cultural da sociedade brasileira, tendo em vista sua participação na Jovem Guarda, sua contribuição como músico, como intérprete e compositor.¹⁸⁶ A sociedade tem o direito de invadir a esfera da vida privada de uma celebridade sob o propósito do direito à informação? Há quem diga que, na verdade, não ocorreria uma invasão propriamente dita, tendo em vista que a pessoa pública tem sua esfera de privacidade reduzida ao ponto de permitir exposições a seu respeito.

Entretanto, há autores¹⁸⁷ afirmando que, mesmo com a esfera da privacidade reduzida, quem tem aptidão para julgar os limites dessa redução é a própria pessoa com notoriedade pública. Ou seja, se ela sentir que foi violada em sua privacidade, então de fato foi.

José Murilo de Carvalho, em audiência pública realizada pela Ministra Carmen Lúcia, fez menção ao presente caso. Na oportunidade de sua fala, lembrou a biografia de D. Pedro II, da qual foi o biógrafo, afirmando que nunca foi acionado pelos integrantes da Família Real, mesmo tendo revelado aspectos íntimos da vida do imperador. Afirmou, na mesma ocasião, que, analisando a lista dos integrantes da associação Procure Saber, que eram a favor da proibição das biografias não autorizadas, ficou decepcionado e exclamou que não

185 Pesquisa em sites de reportagem, por todas vide: <http://ultimosegundo.ig.com.br/cultura/livros/2013-10-21/entenda-a-polemica-sobre-a-publicacao-de-biografias-nao-autorizadas.html>. Acesso em setembro de 2014.

186 Rápida pesquisa na internet sobre o legado de Roberto Carlos para o Brasil. As informações foram retiradas dos sites http://pt.wikipedia.org/wiki/Roberto_Carlos , <http://www.robertocarlos.com/> , http://pt.wikipedia.org/wiki/Jovem_Guarda . Acesso em 08/09/2014.

187 FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. P.137 Apud RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008, p. 169.

se fazem mais reis como antigamente, fazendo uma alusão à antonomásia O Rei – Roberto Carlos.¹⁸⁸

Outro caso brasileiro interessante foi o caso Garrincha. A inquietação foi por parte das filhas dele que, após sua morte e publicação de um livro a seu respeito, recorreram ao Judiciário pleiteando indenização por danos morais e materiais. O pedido chegou ao Superior Tribunal de Justiça e foi julgado parcialmente procedente. A grande diferença é que, ao tempo dessa ação, a lei civil ainda contava com o amparo do Código de 1916. Aqui se faz pertinente uma breve e modesta análise desse assunto à luz do Código Civil de 1916.¹⁸⁹

O Código Civil de 1916, com seu caráter essencialmente patrimonialista, tratava dos direitos da personalidade apenas em seu artigo 2º, de forma bem genérica e ampla, que dizia: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A disciplina dos direitos da personalidade ainda não estava madura na época do anteprojeto do Código Civil de 1916 e, por isso, tal assunto não foi inserido com detalhes no texto do referido Código.¹⁹⁰

No caso Garrincha, o julgador levou muito em consideração a redação do artigo 20 do Novo Código Civil que, embora não estivesse em vigor ainda, já afirmava qual era o posicionamento dominante da sociedade sobre aquele assunto – ou pelo menos, o

¹⁸⁸ CARVALHO, José Murilo de. Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia.

¹⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/inteiro-teor-12903408>

¹⁹⁰ Comparativo do Código Civil de 1916 com o Código atual de 2002, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>> Acesso em 06.09.2014.

Artigo a respeito do tema: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection->

pensamento do legislador¹⁹¹. Abaixo excerto do acórdão que revela a influência do Novo Código na decisão.

O exercício da livre manifestação do pensamento, da expressão intelectual e da profissão não autorizam a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais e de lucro, por se encontrar isso fora do direito de informar. Configura locupletamento sem causa explorar comercialmente a popularidade do biografado sem autorização de quem de direito ou sem lhe dar a devida participação.

De forma ainda mais explícita, em seu art. 20 e seu parágrafo único o **novo Código Civil prevê a prévia autorização para a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, pena de render ensejo a indenização, ocorrendo lesão a honra e a boa forma ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.** Destaca, em seu parágrafo único, que em se tratando de morto, o caso presente, são partes legítimas para requerer a proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Diante do acima, embora não tenha entrado em vigor o novo Código Civil, revelam as normas atinentes ao direito da personalidade o pensamento jurídico extraído das esparsas normas legais hoje existentes e em vigor em nosso país, bem como da doutrina e da jurisprudência¹⁹²

Ao sair um pouco da esfera nacional, é notável a diferença no tratamento da questão das biografias não autorizadas. É interessante comparar situações semelhantes inseridos em diferentes culturas e, principalmente, em diferentes ordenamentos jurídicos. O primeiro caso polêmico objeto deste estudo é a biografia não autorizada de Frank

191 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/inteiro-teor-12903408>

192 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, REsp 521697. Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 - QUARTA TURMA.

Sinatra, intitulada *His Way*. Antes de se adentrar nos pormenores da situação, é necessário esclarecimentos sobre a autora dessa biografia: Kitty Kelley.¹⁹³

Kitty Kelley é uma das biógrafas mais temidas pelas celebridades americanas. Já escreveu biografias sobre Jacqueline Kennedy Onassis, Família Bush, Oprah Winfrey¹⁹⁴, Elizabeth Taylor, Nancy Reagan, além do próprio Sinatra.¹⁹⁵ Também escreveu uma obra sobre a Família Real Inglesa, uma biografia não autorizada revelando aspectos sórdidos da família.¹⁹⁶ Kelley é uma jornalista americana e autora de vários best-sellers de biografias não autorizadas. É, obviamente, alvo de ferrenhas críticas principalmente por parte de seus biografados, que nunca ficam satisfeitos com a obra publicada. A jornalista se declara uma admiradora da transparência, da verdade e da liberdade, garantida pela Primeira Emenda a Constituição dos EUA.¹⁹⁷

Kelley usou, em sua defesa, uma frase do presidente americano John Kennedy, para ilustrar a sobreposição do direito à liberdade de informação em detrimento do direito à privacidade:

193 PEDROSA, Mino. Portal Quidnovi. Os EUA e as biografias: “A vida de uma pessoa pública pertence a todos nós”. Disponível em <<http://quidnovi.com.br/noticia/detalhe.asp?t=C&c=24314>>. Acesso em 17/08/2014.

194 Oprah não acionou o Judiciário contra a Kelley, mas fez uma campanha pesada contra a biografia, deixando claro que não era autorizada e que ela não concordava com a divulgação da obra. O livro trouxe informações tristes a respeito da vida de Oprah Winfrey, como o fato dela ter se prostituído,

195 <http://quidnovi.com.br/noticia/detalhe.asp?t=C&c=24314>

196 http://books.google.com.br/books/about/A_Familia_real_a_biografia_n%C3%A3o_autoriza.html?id=ECFuB3y78LcC&redir_esc=y

197 A Primeira Emenda a Constituição dos Estados Unidos da América impede que o Congresso Nacional regule seis direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Apesar de, na literalidade da emenda constar apenas a proibição ao Congresso Nacional, o Supremo Tribunal dos EUA já estendeu tal entendimento ao poder Judiciário e ao Executivo. A Constituição dos EUA pode ser encontrada traduzida em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. E tais informações foram obtidas em http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos. Acesso em 09/08/2014.

“O grande inimigo da verdade muitas vezes não é a mentira, deliberada, artificial e desonesta, mas o mito, este sim persistente, persuasivo e irrealista”.¹⁹⁸

A respeito da biografia de Sinatra, as informações divulgadas foram sórdidas: que ele era alcoólatra, tinha fortes ligações com a máfia italiana e que violentava suas companheiras. Ele acionou seus advogados e tentou impedir que a biografia fosse divulgada antes mesmo do lançamento. Um ano depois da tentativa, em 1984, desistiu da ação e sua biografia ficou entre as mais vendidas por 22 semanas.¹⁹⁹

Apesar de várias ações intentadas contra Kelley, a autora nunca perdeu uma ação sequer. Os juízes norte americanos entendem que o interesse do público sobre a vida privada de uma personalidade pública é legítimo e deve ser respeitado, sobretudo, a liberdade de expressão. Além disso, a biógrafa também documenta à exaustão todas as suas entrevistas, e tais provas já foram usadas a seu favor em juízo.²⁰⁰

A onda da biografia não autorizada também alcançou a Madre Teresa de Calcutá. Escrita por Christopher Hitchens, intitulada como *The Missionary Position*²⁰¹, traz uma crítica feroz a ela, retratando-a como uma farsa, que desvia recursos oriundos de fundos da caridade arrecadados por ela para uma rede global de conventos. Ainda alega que ela apenas alojava os doentes e não efetivamente cuidava deles, fazendo-os então esperar pela morte.

198 SETTI, Ricardo. Coluna da Revista VEJA – Política e Cia. O que seria da História sem as biografias – não autorizadas? Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-que-seria-da-historia-sem-as-biografias-nao-autorizadas-vejam-os-exemplos-de-hitler-stalin-e-darwin-entre-outros/>>.

Acesso em 17/07/2014.

199 PEDROSA, Mino. Portal Quidnovi. Os EUA e as biografias: “A vida de uma pessoa pública pertence a todos nós”. Disponível em <<http://quidnovi.com.br/noticia/detalhe.asp?t=C&c=24314>>. Acesso em 17/08/2014.

200 PEDROSA, Mino. Portal Quidnovi. Os EUA e as biografias: “A vida de uma pessoa pública pertence a todos nós”. Disponível em <<http://quidnovi.com.br/noticia/detalhe.asp?t=C&c=24314>>. Acesso em 17/08/2014.

201 O título é uma ironia, faz alusão à posição sexual chamada no Brasil de “papai e mamãe” e em inglês chamada de *The missionary position*.

Além das fortes alegações, Hitchens a retrata como uma oportunista política e dogmática. O autor é um jornalista, correspondente de guerra e crítico literário. Polêmico por suas respostas engenhosas e críticas ferozes à personalidades públicas. Por exemplo, quando perguntado sobre o motivo do título atrevido da biografia de Madre Teresa, ele respondeu que a outra opção seria “Vaca Sagrada” e que esta ele julgou de mau gosto.²⁰²

Para provar a importância da discussão acerca das biografias não autorizadas, tem-se o exemplo de pensadores que tiveram sua imagem “completada” por sua biografia. Na biografia de Charles Darwin, por exemplo, lançada em 1991, há a informação de que ele esperou duas décadas para publicar sua obra *A Origem das Espécies*. O intuito foi respeitar as crenças religiosas de sua esposa.²⁰³

Hitler teve sua biografia escrita por Ian Kershaw, em dois volumes, um de 1998 e outro de 2000. O autor conseguiu a informação (e demonstrou a veracidade dela) de que o ditador tinha controle direto dos crimes perpetrados por seu regime. Por exemplo, em 1938, na Noite dos Cristais, ou Kristallnacht, oportunidade em que multidões atacaram judeus, destruindo sinagogas e lojas, e permanecendo impunes. A ordem para retirar a polícia das ruas nessa ocasião foi do próprio Hitler. Esse foi o primeiro passo para o Holocausto.²⁰⁴

202 Há um documentário que retrata essa outra face da Madre Teresa de Calcutá, elaborado por Hitchens e outros críticos da suposta santa. Está disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2itJ6a_joaQ>. Acesso em 17/08/2014.

203 SETTI, Ricardo. Coluna da Revista VEJA – Política e Cia. O que seria da História sem as biografias – não autorizadas? Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-que-seria-da-historia-sem-as-biografias-nao-autorizadas-vejam-os-exemplos-de-hitler-stalin-e-darwin-entre-outros/>>.

Acesso em 17/07/2014.

²⁰⁴ <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-que-seria-da-historia-sem-as-biografias-nao-autorizadas-vejam-os-exemplos-de-hitler-stalin-e-darwin-entre-outros/>

O que se pode concluir a respeito da análise de todos esses diferentes casos de colisões de direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade e vida privada é uma premissa básica vista no início da teoria dos direitos fundamentais: o contexto da colisão é que dita qual direito deve prevalecer em detrimento do outro. Cada contexto é diferente, cada caso tem suas peculiaridades, cada sociedade sacraliza diferentes valores para seus habitantes, portanto, a conclusão se limita em revisitar a premissa de que a colisão depende do contexto.

Existem tendências nas sociedades, como por exemplo, a posição preferencial do direito à liberdade de expressão, como foi visto anteriormente. Porém, nenhum direito fundamental é absoluto, ficando a depender sempre do caso concreto. Assim como são relativos os direitos fundamentais, também não são absolutas as interpretações acerca deles. Portanto, um mesmo caso tendo sido interpretado de uma forma hoje, amanhã pode ser revisitado e o intérprete pode mudar sua posição.

CONCLUSÃO

A celeuma das biografias não autorizadas envolve direitos da personalidade, os quais são relativamente novos em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que, só com o Código Civil de 2002 foram positivados. Esses direitos, em especial o direito fundamental à intimidade e à vida privada encontraram em seu caminho no mundo fático-jurídico a liberdade de expressão, que, devido a um histórico de ditadura militar no Brasil, possui uma posição preferencial em nosso ordenamento.

Este foi, resumidamente, o cenário em que ocorreram as diversas colisões tratadas neste trabalho. Para delimitar o arcabouço teórico em que se deu tal discussão, o panorama neoconstitucional foi contado a partir das releituras do Estado de Direito.

A roupagem do Estado de Direito e do império da lei deu lugar ao Estado Constitucional e o valor supremo do ordenamento jurídico passou a ser a Constituição, e a partir de então, os direitos fundamentais, elencados no artigo 5º da nossa Lei Maior, ganharam posição de destaque.

Como uma releitura do Estado Constitucional, a presente pesquisa trouxe à tona o advento do Estado de Direitos Fundamentais, com a ideia de que os direitos fundamentais se irradiam para todos os âmbitos e que toda discussão jurídica traz, no fundo, uma discussão a respeito de direitos fundamentais.

Estando claro tal cenário, se faz imperioso ressaltar que a Constituição sustenta proteção a diversos direitos fundamentais e a concretização de todo e qualquer direito

fundamental implica em limitação do mesmo em virtude desse ou daquele outro direito fundamental também relevante nesse caso concreto.

A nossa Lei Maior é una e coesa, todos os seus dispositivos devem ser interpretados levando em conta o todo e os valores constitucionais. Assim é que temos a garantia do sopesamento e da ponderação em virtude do caso concreto. É dessa forma que o intérprete constitucional pode optar por uma decisão mais coerente e equilibrada.

Com o dinamismo do mundo atual, colisões de direitos fundamentais acontecem todos os dias e a todo o tempo. Por essa razão, deve-se analisar as possibilidades do julgador proferir uma decisão em todas as demandas tendo em vista a celeridade processual e o devido processo legal no seu sentido substantivo. É evidente que não é possível o Judiciário alcançar todas as situações que envolvem conflito de direitos fundamentais até mesmo porque, segundo a ideia do Estado de Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais se irradiam para todo o ordenamento jurídico e alcançam todas as situações.

Tendo em vista a limitação do Judiciário em regular e sopesar os direitos fundamentais em cada situação, o impacto de qualquer decisão sobre o assunto revela-se como uma diretriz. Embora cada caso só possa ser resolvido efetivamente considerando o caso concreto, pode-se traçar “tendências” jurisprudenciais. Ou seja, o que os juízes costumam decidir em casos semelhantes.

Ainda levando em consideração o dinamismo do mundo contemporâneo, ressalta-se aqui o movimento das esferas de poder acerca das biografias não autorizadas. Além do grande número de decisões a respeito – Judiciário movimentado pela iniciativa das partes ofendidas com a publicação das biografias e a Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 4815²⁰⁵ tramitando no Supremo Tribunal Federal – esta intentada pela outra parte, a dos biógrafos, representados aí pela Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL, tem-se o Legislativo atuante por meio do Projeto de Lei 393/2011²⁰⁶ do Deputado Newton Lima.²⁰⁷

O ativismo de todas as esferas de poder, defendido por Christine Peter, é típico de uma sociedade aberta, na qual qualquer um pode ser intérprete da Constituição e este será sempre o penúltimo a interpretá-la. Dessa forma, Christine Peter defende que, numa atuação ativista de todos os três poderes – e da mídia também – seja possível o tão almejado equilíbrio neoconstitucional.²⁰⁸

Ao admitir-se que, no mundo atual, a segurança se dá no movimento, no dinamismo representado por um mundo em movimento, onde só permanecerá estável sobre ela aquele que também se movimentar, percebe-se que a segurança jurídica no Estado Constitucional sob a ótica do neoconstitucionalismo é perfeitamente possível se mudarmos o referencial de segurança, adequando-o à realidade atual.²⁰⁹

205 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4815, Relator Ministra Carmen Lúcia, disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>. Acesso em 10/08/2014.

206 BRASIL, Câmara dos Deputados O PL 393/2011 irá ser discutida no Plenário do Senado Federal. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em 10/08/2014.

207 O Deputado Newton Lima é professor universitário e deputado pelo Partido dos Trabalhadores no Estado de São Paulo. Mais informações sobre ele em < http://www.camara.gov.br/Internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id=530188>. Acesso em 10/08/2014.

208 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

209 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

Portanto, uma decisão do STF acerca da matéria, apesar de ditar a interpretação que se deve ter aos artigos mencionados do Código Civil, pode não ser a última. Não encerra o assunto, o mundo continuará girando e todas as pessoas continuarão interpretando. Ou seja, ela não vincula o poder legislativo, que pode dar uma resposta diferente. Também a sociedade civil nacional e internacional podem dar outras interpretações. E o próprio STF pode revisita-la mesmo depois de transitada em julgado. Ou seja, até mesmo a decisão transitada em julgado do STF – apesar de ser a última instância jurídica – é a penúltima interpretação.²¹⁰

O que se pode concluir a respeito dessa celeuma aqui apresentada é uma humilde revisitação a premissa de que o contexto da colisão é que deve ditar as regras do sopesamento e ponderação. Portanto, em que pese a inserção da história pessoal do indivíduo na história da coletividade, ou a falha lógico-jurídica na argumentação contra à proibição das biografias não autorizadas, as colisões de direitos fundamentais devem estar adstritas ao seu contexto fático.

É evidente que as tendências sociais influenciam as decisões, como por exemplo, a posição preferencial do direito à liberdade de expressão, já citada anteriormente. Porém, nenhum direito fundamental é absoluto, ficando a depender sempre do caso concreto. Nem são absolutos os direitos fundamentais, nem as interpretações deles. Portanto, um mesmo caso tendo sido interpretado de uma forma hoje, amanhã pode ser revisitado e o intérprete pode mudar sua posição. Eis, portanto, a beleza do Direito e sua constante mutação.

210 A interpretação é penúltima em relação ao próprio STF. Ou seja, no âmbito jurídico ela é a última decisão possível, a não ser que o próprio STF revise e entenda de outra forma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo, 2014.

BELCHIMOL, Jaime (org). “*Narrativa documental e literária nas biografias*”, Manguinhos: história, ciência, saúde. Rio de Janeiro, Vol 2, N° 2, JUL. –OUT.195.

BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. Pp. 87-89.

BLANCO, Patricia. *Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=privacidade+e+imagem&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=privacidade+e+imagem&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Fundação Mário Soares. Lisboa: Radiva Produções, Ida, 1. ed., 1999

CARVALHO, José Murilo de. *Audiência Pública sobre biografias não autorizadas presidida pela Ministra Carmen Lúcia*.

COELHO, Inocêncio Martires. *As ideias de Peter Habermas e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Brasília a. 35 n. 137 jan/mar, 1998. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>> Acesso em 04.05.2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINES, Alberto. Artigo intitulado Areopagítica, 368 anos depois. Publicado em 03/12/2012 no Jornal de Debates do Observatório da Imprensa, Edição 722. Acesso em 08/09/2014. Disponível em http://observatoriodaimpresa.com.br/news/view/lt_i_gt_areopagitica_lt_i_gt_368_anos_depois

DOTTI, René. Os direitos da personalidade. Artigo publicado disponível em http://www.dotti.adv.br/artigoscpc_004.htm.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, 35, 1967.

FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Curso de Direito Civil volume 1 e 4*.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HABERLE, Peter. Entrevista para a Conjur. Por Rodrigo Haidar e Marília Scriboni. “Constituição é declaração de amor ao país”, 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>> Acesso em 04.05.2014.

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

<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-que-seria-da-historia-sem-as-biografias-nao-autorizadas-vejam-os-exemplos-de-hitler-stalin-e-darwin-entre-outros/>

KELLEY, KITTY. *A Família Real: A biografia não autorizada da família real inglesa*. Editora Record, 1999. Disponível em <http://books.google.com.br/books/about/A_Familia_real_a_biografia_n%C3%A3o_autoriza.html?id=ECFuB3y78LcC&redir_esc=y>.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: A doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. *Revista Sequencia*, nº 48, julho, 2004.

MARTINS, Leonardo. Introdução a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/4.pdf>>. Acesso em 20.05.2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296
MILL, Stuart. Sobre a liberdade. São Paulo: Escala, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I-III.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

OTERO, Paulo. A crise do Estado de Direitos Fundamentais: o conceito de Estado de Direitos Humanos, in Argumentum – Revista Científica de Direito da Faculdade Marista Recife, vol. 2º, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1.

PEREIRA, L. dos Santos. A biografia no âmbito do jornalismo literário. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

PETER, Christine. Estado de Direitos Fundamentais. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, 2011.

Plutarco, em Vidas Paralelas. Coleção Autores Gregos e Latinos. Tradução do grego de Marta Várzeas. Universidade do Porto. Editora Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos. Edição 1/2010. Disponível em <https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/bitstream/123456789/47/1/plutarco_vidas_demostenes_cicero.pdf>. Acesso em 05/07/2014.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. Editora Saraiva, 27ª edição, 9ª tiragem, 2010.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1406>. Acesso em out 2014.

RIZZARDO, Arnaldo, Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Editora Forense. 2008.

RUFNER, Grundrechtskonflikte. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2011, p. 266.

SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico, In: A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais . 2013. 274 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2013. P 43-44. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em 14/07/2014

TEPEDINO, Gustavo. Parecer – opinião doutrinária na ADI 4815 – doc. 09. 15 de julho de 2012. P 3. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2335258&ad=s#12%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Parecer%20do%20Prof.%20GUSTAVO%20TEPEDINO>>.

VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006.

VILAS BOAS, Sergio. Biografias e biógrafos: jornalismo sobre personagens. São Paulo. Summus. 2002, p 18.

Voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIn 2024/DF, publicada no DJe de 21.06.2007, Pleno, STF.

ZAGREBELSKY, Gustavo. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL