



BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA EXTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

UNAUTHORISED BIOGRAPHIES: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF ROBERT ALEXYS' EXTERNAL THEORY

¹Adriana Inomata

²Felipe Ribeiro dos Santos Gluck

RESUMO

O presente artigo objetivou analisar a questão da necessidade, ou não, de prévia autorização do biografado ou familiares para publicação de biografia. Como há, neste caso, o embate entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, foi utilizado o método da ponderação para a solução do problema. O primeiro passo foi conceituar biografia como gênero de não-ficção. Feito isso, o trabalho buscou definir a teoria dos princípios e teoria externa das restrições dos direitos fundamentais e o método da ponderação formulados pelo jurista alemão Robert Alexy e amplamente utilizados no Brasil por autores como Virgílio Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento. Verificou-se que quando direitos fundamentais colidem deve ser feita a ponderação e como resultado há uma relação de precedência condicionada de um direito com relação a outro. Neste caso, o direito que cede será restringido pelo que precede. A teoria externa é uma maneira reconhecida de se verificar se a restrição a um direito fundamental é legítima ou se trata de uma violação. A necessidade de autorização prévia, fundada na proteção da personalidade, restringe a liberdade de imprensa, já a dispensa da autorização prévia, funda-se na liberdade de imprensa. A partir da aplicação desse método, foi formulada a regra particular e as condições para ela ser aplicada: a liberdade de expressão prevalece sobre os direitos da personalidade em dadas condições (figura pública, meios idôneos, local da informação sem expectativa de privacidade, diligência com a verificação da veracidade e interesse social e jornalístico das informações).

Palavras-chave: Biografias não autorizadas, Direitos fundamentais, Proporcionalidade

ABSTRACT

The present paperwork aimed to analyse whether or not the publication of a biography should require the prior authorisation from the subject or their family. As there is, in this case, a collision between personality rights and freedom of speech, the proportionality test was used to solve such conflict. The first step was to define biography as a non-fictional genre. The paperwork then aimed to define the theory of the principles, the external theory of the restriction of fundamental rights and the proportionality test developed by jurist Robert Alexy, which are largely used in Brazil by authors like Virgílio Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet and Daniel Sarmento. It was observed that when fundamental rights collide,

¹ Mestre em direito pelas Faculdades Integradas do Brasil. Professora de Direito Constitucional na Universidade Positivo. Universidade Positivo - Paraná. Brasil - E-mail: adrianainomata@yahoo.com.br

² Graduando em Direito pela Universidade Positivo. Universidade Positivo - Paraná. Brasil
E-mail: felipe-gluck@hotmail.com



the proportionality must be verified and as a result there is a conditional precedence relation between the rights. In such case, the ceding right will be restricted by the preceding one. The external theory is a recognised manner of verifying whether the restriction of a fundamental right is legit or if it is a violation. The need for prior authorisation, based on the personality protection, restricts freedom of speech, on the other hand, its exemption is based on the right to freedom of speech. By applying the aforementioned method, a particular rule was developed and the conditions for it to be applicable: freedom of speech prevails over personality rights in given conditions (public figure, over suitable means, no expectation for privacy in the publication, diligence in the verification of truth or social and journalistic interest over the information)

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unauthorised biographies, Fundamental rights, Weighing



INTRODUÇÃO

As biografias são textos jornalísticos e/ou históricos que contam a história de vida de uma pessoa e, quando não autorizadas previamente pelo biografado ou por seus familiares, geram grandes polêmicas.

A discussão sobre o assunto, na sociedade brasileira, começou em 2006 com a publicação da biografia “Em Detalhes”, do cantor Roberto Carlos, escrita por Paulo Cesar de Araújo. O cantor sentiu sua privacidade e intimidade invadida e entrou com uma ação para proibir a venda da biografia e obteve sucesso. Porém outra figura pública, o também cantor João Gilberto tentou a proibição da venda de sua biografia e não obteve triunfo, gerando insegurança jurídica no país.

Fato que a necessidade de prévia autorização para publicação de biografias afeta o direito fundamental da liberdade de expressão e a não necessidade da prévia autorização pode atingir direitos fundamentais da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem).

A resolução desse impasse envolve, portanto, um conflito normativo, uma colisão entre direitos fundamentais. A resolução desse conflito não é fácil, uma vez que se tratam de princípios, cuja aplicação não se dá por meio de subsunção.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará resolver esse impasse com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Esse jurista alemão ganhou destaque no constitucionalismo contemporâneo por apresentar uma nova forma de interpretação de aplicação dos direitos fundamentais, que ao mesmo tempo protege a força normativa de tais direitos e afasta as arbitrariedades da interpretação constitucional.

Dado tudo que foi supramencionado o trabalho buscará apresentar o gênero biografia, sua história, suas contradições, seus estilos e suas polêmicas assim como os direitos fundamentais e seu status atual constitucional no Brasil, sua aplicabilidade e principalmente resolver conflitos quando esses direitos entram em colisão em um determinado caso concreto e no fim, usando da teoria externa dos direitos fundamentais, aplicar o teste da proporcionalidade, de Robert Alexy, para solucionar o embate dos direitos fundamentais da liberdade de expressão com os direitos da personalidade no caso concreto das biografias não autorizadas.



1 O GÊNERO BIOGRÁFICO

Antes de analisar o conflito de direitos fundamentais no caso das biografias não autorizadas no Brasil, primeiro é necessário delimitar o conceito e esclarecer questões sobre o gênero biografia.

1.1 BIOGRAFIA COMO GÊNERO

Primeiramente, cabe esclarecer que, conforme entendimento de Vilas Boas (VILAS BOAS, 2008, p. 22) a biografia é um gênero de não-ficção, o que não quer dizer que o gênero alcance uma verdade sobre a vida da pessoa biografada. Vale destacar que a identificação do gênero de um texto é uma atividade complexa, sendo necessário concentrar-se em algumas características mais relevantes e esquecer outras menos importantes (SILVA, C. V., 2005).

Edvaldo Pereira Lima classifica as biografias que seguem a linha do Jornalismo Literário¹ como livro-reportagem-biografia, em que o objetivo de contar a história da vida de uma pessoa deve ser seguido com pesquisas de captação de informações rígidas e compromisso com a verdade, tornando a biografia um gênero de não-ficção (LIMA, 2009).

Os conceitos do gênero biográfico são variados: vão desde o filósofo francês Émile Littré que, no século XIX, definiu de maneira simples a biografia como sendo uma espécie de história que tem por objetivo retratar a vida de uma única pessoa (PRIORE, 2009), até as definições do pesquisador brasileiro Sergio Vilas Boas, que define biografia como a arte que compila uma ou várias vidas e pode ser escrita, filmada, encenada e contada, tratando-se de um produto social, um documento que resgata um passado de alguém, no qual o que importa é a escrita e o autor, a criação e a publicação, o personagem e sua publicação (VILAS BOAS, 2002, p. 18).

Sérgio Vilas Boas (2002, p. 18) dá grande importância para o biógrafo, o que é um fato recente na história do gênero. Para o referido autor, a biografia é um recorte que o escritor faz, uma escolha, sendo a narração biográfica uma arte. Sobre as opções do biógrafo, Silvia F. de M. Figueirôa (2007) acredita que a biografia não

¹ Segundo Edvaldo Pereira Lima Jornalismo Literário é um exemplo de texto jornalístico, ou seja, com preocupação com a veracidade das informações com utilização de técnicas literárias que aproximariam o leitor com as histórias por serem mais humanizadas.



deixa de ser uma visão que o escritor tem do biografado, negando a ideia da “verdade” absoluta, conforme se depreende da seguinte passagem:

Ler ou escrever uma biografia é um exercício de liberdade, posto que nos aproxima e nos faz descobrir a vida de homens e mulheres que interagiram e modificaram o entorno em que viveram. De todo modo, não nos esqueçamos de que, em seu ofício, o biógrafo seleciona, esconde ou evidencia, colocando sua subjetividade, e, portanto, sempre ‘deforma’: jamais chegará à “verdade” de uma vida.

Apesar do principal objetivo da biografia ser o de gerar conhecimento sobre o passado ou a vida de alguém (VILAS BOAS, 2002, p. 21), a crescente demanda por esse gênero demonstra que o leitor ainda está interessado no ser humano, no exemplo e que durante a leitura sua vida é projetada em uma viagem que vai além da sua experiência, além da sua época e além dos seus destinos (VILAS BOAS, 2002, p. 37).

Para Vilas Boas, o leitor está em busca de si mesmo, a partir do exemplo do biografado, não apenas um mercado consumidor alienado e fútil que está apenas curioso em relação a detalhes sórdidos e que pouco contribuem da vida do famoso ou da celebridade em questão, que seria uma crítica do senso comum as biografias (VILAS BOAS, 2002, p. 39).

Com relação à postura do biógrafo perante o biografado, Vilas Boas (2002, p. 39) deixa claro que o ato de escrever sobre a vida de alguém não lhe dá o direito de absolver, condenar ou justificar ações do biografado, apenas de relatá-los e que o ato de selecionar o que escrever já dá esses poderes ao escritor.

Não são poucas as dificuldades que se colocam para o biógrafo. É preciso compreender que não existe apenas uma maneira de se biografar. As possibilidades podem variar desde situações em que as biografias são utilizadas apenas para demonstrar formas típicas de comportamento até os casos em que a narrativa de uma trajetória de vida se faz sem nenhuma referência ao contexto histórico, apenas a intimidade (PEREIRA, 2000).

Outra grande dificuldade no ato de se fazer uma biografia é encontrar documentos e comprovações do que se pretende escrever. E é por óbvio falar que toda biografia é mal sucedida, pois todo biógrafo tem a pretensão de escrever sobre a totalidade da vida de um homem, e esse objetivo nunca foi e nunca será alcançado. Nas palavras de Lígia Maria Leite Pereira (2000):



Difícilmente se encontram informações, por exemplo, atos e pensamentos da vida cotidiana, de dúvidas e incertezas, do caráter fragmentário e dinâmico da identidade do indivíduo e dos momentos contraditórios de sua constituição. As fontes disponíveis costumam nos informar muito mais sobre os resultados do que sobre os processos de tomada de decisões, o que nos leva, muitas vezes, a explicações simplistas e lineares, e à imagem, falsa, naturalmente, de personalidades coerentes e estáveis, e de decisões sem incertezas.

Esta seria uma das maiores contradições do gênero biográfico. Também chama a atenção para este aspecto, assinalando que os textos produzidos pelos biógrafos são bem construídos no nível de seu discurso, porém, em sua maioria, deixam grandes lacunas no que se refere as informações (PEREIRA, 2000).

Para Lígia Maria Leite Pereira (2000) a melhor forma de enfrentar o problema é tornar explícitas estas lacunas, e não preenchê-las com deduções e imaginações:

Outra contradição típica das biografias e que se situa entre a pretensão à objetividade e a função e conduta reais do biógrafo. O leitor, erroneamente, desconfia menos do biógrafo, pois seu discurso de historiador que fez pesquisas, que cita documentos e diz coisas “tal qual elas se passaram”.

Essa postura tende a mascarar a inevitável parcialidade do biógrafo e os fundamentos ideológicos de seu projeto. Por que alguém escreve uma biografia? Provavelmente nunca se escreveu sobre a vida de outro homem com o puro objetivo de apenas conhecimento. É preciso levar em conta a escolha do modelo do trabalho e se a intenção é de admiração ou com intenção de denegrir. Para se ler uma biografia não é apenas necessário levar em conta a vida do biografado, mas também do biógrafo (PEREIRA, 2000). Partindo desse pressuposto, pode-se surgir um conflito entre direitos fundamentais: o embate entre o direito à liberdade de expressão e informação de um biógrafo impreciso e com informações dotadas de lacunas com o direito de um biografado à sua intimidade, vida privada e imagem com importantes informações históricas e memórias a serem perpetuadas (CANOTILHO 2014, p. 21).

Vilas Boas (2002, p. 48) acredita que as biografias podem ser divididas pelo tipo de contrato autoral e esses contratos podem facilitar ou dificultar o fazer biográfico. Muitas vezes são amarrações que funcionariam como uma espécie de censura, limitando o trabalho do biógrafo. Os contratos podem ser agrupados em quatro categorias: a) biografias autorizadas; b) independentes ou não autorizadas; c) encomendadas; e d) ditadas.



As biografias autorizadas são aquelas que tem o aval, e muitas vezes, a colaboração de familiares, amigos e do próprio biografado, se vivo for, facilitam o trabalho do biógrafo quanto a captação de documentos pessoais e sigilosos (VILAS BOAS, 2002, p. 48).

Já as biografias independentes (de autorização prévia) ou não autorizadas são aquelas que o biógrafo não tem o consentimento ou autorização do biografado ou familiares; elas não têm interferência direta de pessoas ligadas ao biografado e tendem a ser mais imparciais. Pode ser difícil conseguir informações de cunho pessoal e íntimo (VILAS BOAS, 2002, p. 48). Pode-se falar apenas em biografias não autorizadas quando não existe qualquer tipo de autorização, seja expressa ou tácita, do biografado ou familiares, em caso de biografado já falecido. De maneira geral e para justificar o interesse social e jornalístico, essas biografias são de figuras públicas. Nas palavras de CANOTILHO (2014, p. 32):

A adjetivação não autorizada tem, sem dúvida, uma conotação pejorativa, que pode associá-la, de forma precipitada, à violação da privacidade e de outros direitos a personalidade, bem como práticas invasivas e intensivas, geralmente associadas a paparazzi, detetives privados ou espões. Por esse motivo, as biografias não autorizadas têm dado origem a alguma controvérsia, com reflexos na legislação, doutrina e jurisprudência.

Nesse tipo de biografia surge o embate de direitos fundamentais, na qual as informações são menos precisas no que concerne a intimidade, porém mais livre de amarras. Nas biografias não autorizadas aparece o conflito da informação com a intimidade, do que é ou não relevante para ser divulgado, e a pergunta seria até que ponto um direito vai ceder em detrimento do outro. (CANOTILHO, 2014, p. 32)

Também existe a categoria de biografias encomendadas, que podem ser por editoras, familiares ou pelo próprio “homenageado”, estas tendendo a ser mais parciais a favor do biografado, enaltecendo seus feitos (VILAS BOAS, 2002, p 49).

E por último temos as biografias ditadas, nas quais o biógrafo funciona como um *ghost-writer*². Nessa categoria, o escritor não tem nenhuma liberdade de

² Palavra de origem inglesa que define um escritor que escreve em nome de outro. Ghost-writer In: MICHAELIS. **Dicionário de Inglês On Line**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/definicao/ingles-portugues/ghost-writer%20_453329.html> Acesso em: 29/10/2014.



pesquisa, apenas de retórica e não leva os direitos autorais da obra (VILAS BOAS, 2002, p. 49).

Um grande desafio dos analistas do gênero biográfico é a dificuldade de comparação entre biografias. Como o texto é único dependente do binômio biografado-biógrafo e considerado como uma peça artística, a única saída é comparar “amostras” porque categorizar biografia é uma tarefa complicada, são escritas por pessoas de áreas diferentes, com objetivo diferentes e muitas vezes buscando a diferença (VILAS BOAS, 2002, p. 49).

A discussão sobre a necessidade de prévia autorização para biografias no Brasil começou com a polêmica biografia do cantor Roberto Carlos lançado pelo escritor Paulo Cesar de Araújo, em novembro de 2006. O cantor acusou o seu biógrafo de invadir sua privacidade e o acionou judicialmente e conseguiu a apreensão dos livros e consequentemente a proibição de sua comercialização (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2007). Esse fato gerou grande debate na sociedade e no judiciário sobre a necessidade ou não de prévia autorização para biografias (ARAÚJO, 2014).

Outras biografias brasileiras sem prévia autorização do biografado ou de seus familiares que geraram descontentamentos foram: a biografia do cantor João Gilberto, escrita por Walter Garcia; a biografia sobre o cangaceiro Virgulino Ferreira - “O Lampião”, por Pedro de Moraes e a biografia do jogador de futebol Garrincha, escrita por Ruy Castro. Atentando ao fato de que diferente do que ocorreu com o biografia do cantor Roberto Carlos, a justiça de São Paulo negou o pedido de recolhimento de exemplares da biografia de João Gilberto (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2008), causando insegurança jurídica. O STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu por unanimidade no dia 10 de junho de 2015 que a publicação de biografias não precisa de prévia autorização.³

1.2 BIOGRAFIA COMO MODO DE PERPETUALIZAR MEMÓRIAS E FATOS HISTÓRICOS

³ Nesse julgamento, o STF deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, em acordo com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. (BRASIL, 2015)



O maior objetivo das biografias é gerar conhecimento sobre o passado de alguém ou de alguma coisa, por isso se dá a importância de olhar as narrativas biográficas como perpetuadoras de memórias e fatos históricos (VILAS BOAS, 2002, p. 21).

Usar as biografias como fontes históricas não é nenhum consenso entre pesquisadores e historiadores. A historiografia ligada ao marxismo, principalmente aquela que advém da Escola de Annales, excluiu as biografias como fonte histórica, uma vez que a história das massas não chegava neste tipo de narrativa, e por isso não haveria contribuição para a escrita da história das minorias (SILVA, M. A. O., 2007).

Já os estruturalistas, liderados por Pierre Bourdieu, acreditavam que não era natural a coerência das biografias, e as consideravam como um gênero sobrecarregado de imprecisões, por ter como objeto os fatos do dia a dia de uma vida humana, que não são possíveis de serem relatados dentro de uma lógica temporal (SILVA, M. A. O., 2007).

Com todas essas críticas a olhar o gênero como uma fonte histórica, os próprios autores passaram a negar que as biografias tinha esse objetivo. Conforme Maria Aparecida Oliveira Silva (2007):

Em virtude de a obra biográfica ser vista como uma deformação da realidade, os estudiosos analisaram-na e enfatizaram suas características filosóficas e literárias. Com isso, legaram ao esquecimento seus aspectos sociais e históricos. Para esses autores, a finalidade de sua obra seria divertir o seu público, bem como a de transmitir ensinamentos filosófico-moralistas para as gerações futuras.

A superação desse pensamento ocorre quando historiadores ultrapassam a ideia de ver a história como uma resposta definitiva do que já ocorreu. E passaram a encará-la como uma resposta provisória ou deixando para trás a ideia de uma verdade absoluta, passando a acreditar que podem existir diversas versões para uma mesma história e uma dessas versões para a história do biografado pode ser a do biógrafo (VILAS BOAS, 2008, p. 153).

Segundo Vilas Boas (2008, p. 179), o melhor meio de superar a subjetividade no gênero biográfico, é ser transparente. Revelar ao público as fontes, o método, o preconceito, os relatos conflitantes, o que não foi possível saber, as dúvidas, as intuições e assim por diante:



Durante algum tempo, enquanto escrevi esse livro, me perguntei: por que os biógrafos devem ser transparentes? A primeira coisa que me veio à cabeça foi: porque compõem, com seus personagens, um subjetivo jogo de espelhos que ultrapassa os fatos e as interpretações que venham a dar-lhe. Mas qual a finalidade de ser transparente? Confesso que, para essa pergunta, não encontrei respostas racionais. Mas sou capaz de reverter a pergunta: “por que não ser transparente?”. Eis a questão.

A biografia não deve ser vista como verdade absoluta, apenas uma versão dela, mas isso não significa que ela deva ser encarada com ficção (VILAS BOAS, 2008, p. 180). Fato é que, vencida a barreira da subjetividade e imparcialidade ao analisar uma biografia, é possível identificar o contexto social que o personagem está inserido, alguns valores e os costumes dos diferentes grupos sociais e, ainda, a organização dos mesmos na sociedade e, assim, considerando as ações coletivas e as interações do biografado (que também está inserido nessa sociedade) como todas essas pessoas (SILVA, M. A. O., 2007).

A análise biográfica não deve ser a única forma de se olhar para a história, pois, assim como todas as outras averiguações históricas, apresenta um grande grau de subjetividade e, até certo ponto, parcialidade. Mas, assim como outras, não deve ser descartada com uma versão da história, uma história de um homem que nunca poderia deixar de ser mais humana: subjetiva e parcial (SILVA, M. A. O., 2007).

Segundo Wilton Carlos Lima da Silva (2009), pensar na biografia como forma de perpetuar memórias oportuniza levantar três questões dignas de reflexão: a primeira advém de que a existência de uma biografia deduz a utilização da sociedade pela manutenção de uma memória, ou de um certo tipo de memória, no qual o biografado não é apenas uma unidade, mas parte de um grupo no qual está inserido. A segunda reflexão mostra o biografado visto como um admirado e por si só é encarado como diferente dentro da sociedade e do grupo social do qual faz parte, um papel de destaque.

E a constatação de que o fazer biográfico pode apresentar em diferentes obras, autores e épocas uma grande variabilidade de significados e possibilidades, mesmo sendo de uma mesma matéria narrativa ou de um mesmo percurso individual. (SILVA, W. C. L., 2009)

Por todo o exposto, vislumbra-se que a biografia não é plenamente confiável diante da impossibilidade de se ter um relato real dos fatos, pois dentro dela estão



inseridos entendimentos diversos sobre os acontecimentos, além dos preconceitos e subjetividades não apenas de duas pessoas (biógrafo e biografado), mas também de todos os entrevistados, de todos os documentos pesquisados, de todas as fontes, de todo o contexto histórico (SILVA, M. A. O., 2007).

Porém, nenhum outro meio de fonte histórica ou perpetuador de memórias pode se autodeclarar livre dessas amarras, certo que as biografias mostram versões de histórias humanas e da sociedade, dentro de um contexto histórico, sendo que isto parece bastar (SILVA, M. A. O., 2007).

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O capítulo anterior foi importante para entender sobre o gênero biografias na subcategoria não autorizada ou independente e observar que quando essas biografias são publicadas podem ocasionar colisões entre direitos fundamentais. Porém antes de entrar diretamente nos conflitos, se faz necessário entender mais sobre os direitos fundamentais: o que são, sua história, seu atual papel e o que representam nas Constituições dos países. É importante observar também as características desses direitos, a possibilidade de suas restrições quando estão em conflito no caso concreto.

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até a Segunda Guerra Mundial prevalecia na Europa ocidental continental uma cultura jurídica legicêntrica, um modelo de Estado de Direito Legislativo, nas palavras de Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 33), em que o peso das leis escritas era a principal fonte (positivismo jurídico). O direito não se preocupava com a moral e com a ética, só importa o que estava escrito, a lei podia tudo, os parlamentos tinham grande força e as constituições eram vistas apenas como programas políticos que deveriam inspirar o legislador (SARMENTO, 2009).

Esse contexto pós-guerra é que Miguel Carbonell chama de neoconstitucionalismo (2003) e que também pode ser chamado de constitucionalismo do pós-guerra ou constitucionalismo contemporâneo, em que os direitos fundamentais passam a ter um poder normativo maior (SARMENTO, 2009).



Com o fim da Segunda Guerra Mundial e para não haver mais as barbáries de negação de direitos que ocorreu na referida guerra, que apesar de imoral foi autorizado pelo direito positivado da época o neoconstitucionalismo tratou de fortalecer a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, até mesmo do legislador (SARMENTO, 2009).

Além da normatização direta dos direitos fundamentais, o constitucionalismo do pós-guerra aproximou o direito da moral. Antes só se levava em conta o que estava na lei, seja ela moral ou imoral. Porém, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, a grande eficácia dos direitos fundamentais e a supremacia constitucional, tanto as leis, quanto as decisões judiciais, passam a levar em conta a moral, o que foi uma grande mudança para o antigo regime positivista que só se importava com o que estava escrito, sem julgamentos de moralidade. Todos teriam que respeitar os direitos fundamentais constitucionais (SARMENTO, 2009).

Nesse contexto, os direitos fundamentais ganharam importância e suas características passam a ter maior relevância. Podem ser citados como características desses direitos: a historicidade, a relatividade, a não retroatividade, a indivisibilidade, a interdependência, a inter-relação, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. A historicidade afirma que os direitos fundamentais são produtos da experiência social de determinado povo, como se fossem produtos da história e refletem o momento de luta daquele povo. Os direitos fundamentais são relativos e podem sofrer restrições quando entram em conflitos com outros direitos, o que é exatamente o que ocorre nas biografias não autorizadas, em que direitos fundamentais estão em conflito e por conta dessa característica podem ser restringidos no caso concreto. Como são conquistas de um determinado povo, eles jamais podem retroceder, apenas avançar. Vale-se ressaltar que apesar de relativos, os direitos fundamentais devem, na medida do possível, tentar ser aplicados com a maior efetividade possível e com aplicabilidade imediata como garante o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (ROTHENBURG, 2014, 4. 3).

Outras características importantes são a indivisibilidade, que afirma que os direitos civis e políticos não podem ser dissociados dos direitos econômicos, sociais e culturais. Possuem também uma relação de interdependência e inter-relação, o que quer dizer que eles não estão isolados e se comunicam um com o outro



(ROTHENBURG, 2014, p. 3-10). Não se pode esquecer também que os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, características essas consideradas as mais importantes por Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 61).

Apesar dos direitos fundamentais terem surgido para proteger o cidadão do Estado (eficácia vertical), eles também possuem eficácia horizontal, ou seja, também produzem efeito nas relações entre particulares, e, portanto, não é somente o Estado que pode ameaçar direitos fundamentais dos cidadãos, outros cidadãos também o podem. Conforme ensina Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 62):

Essa última alternativa significaria uma mera equiparação do poder dessas corporações privadas ao poder estatal. essa equiparação não é, contudo tão simples como parece, já que, ao contrário do que ocorre com o Estado, que é somente destinatário dos direitos fundamentais, isto é, seu sujeito passivo, mas não é titular desses mesmos direitos, qualquer relação entre particulares significa uma relação entre dois titulares dos mesmos direitos.

Apesar da aparente complexidade, a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares também é uma das características dos direitos fundamentais (SILVA, V. A., 2008, p. 64), o que é importante dado que o tema central biografias não autorizadas se trata, em regra, de uma relação entre particulares, ou seja, também sujeita as normas dos direitos fundamentais.

2.2 PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

As características apresentadas no tópico anterior dão aos direitos fundamentais o status de normas jurídicas que integram um regime jurídico- constitucional reforçado. O modelo puro de regras dominou os sistemas normativos dos países da Europa ocidental continental até a metade do século XX, o que é conhecido como positivismo jurídico⁴. Como o constitucionalismo do pós-guerra, os princípios ganharam força e passaram a estar presentes nas constituições. Os

direitos fundamentais seriam normas jurídicas com dimensões de princípios. Nesse sentido, para a correta interpretação e aplicação dos direitos fundamentais é imprescindível analisar a teoria dos princípios formulada na segunda metade do século XX e que teve como expoente Robert Alexy.

⁴ Sobre o modelo puro de regras e as críticas ao positivismo, ver Ronald Dworkin (2010, p. 27 e ss.)



Robert Alexy demonstra as formas tradicionais de se distinguir regras e princípios como o critério da generalidade, também comentada por Canotilho (2003, p. 1160) com o nome grau de abstração, em que os princípios são mais genéricos e as regras teriam um grau de generalidade maior. Alexy afirma que todo critério de distinção tem problemas e aponta que existem aqueles que acreditam que se pode diferenciar regras e princípios apenas pelo grau de generalidade e também os que acreditam que a distinção não é gradual, mas sim qualitativa, e afirma que essa é a teoria mais correta (ALEXY, 2011, p. 87, 89 e 90).

Segundo essa diferenciação de natureza qualitativa, os princípios distinguem-se das regras por serem mandamentos de otimização, enquanto as regras são mandamentos definitivos. Nas palavras de Alexy (2011, p. 90 e 91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Nesse sentido, as regras ou são satisfeitas ou são insatisfeitas enquanto os princípios podem ser realizados em diferentes graus de concretização, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso (SILVA, V. A., 2010, p. 45).

Em dada situação mais de um princípio pode incidir sendo os ambos considerados válidos. Nesse caso, deverá ser feita uma ponderação entre ambos e verificar qual princípio deverá ceder nas circunstâncias do caso concreto.

2.3 COLISÕES E RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de se falar sobre as colisões e restrições dos direitos fundamentais, em si, se faz necessário diferenciar a teoria externa da teoria interna dos direitos fundamentais. A teoria interna considera apenas um objeto e define os limites de cada direito fundamental dentro do próprio direito, se o direito existe deve ser



exercido dentro dos seus limites, funciona como um regra, sem colisões. Já a teoria externa considera dois objetos. Um é o direito *prima facie* que é o direito em si, com uma definição abstrata e não completa, que deve ser aplicado e outro é referente a possibilidade de restrição desse direito, que somente pode ser restringindo no caso concreto e com colisão com outro direito (SILVA, V. A., 2010, p. 128-142 e ALEXY, 2011, p. 277-279).

Como já supracitado, segundo a teoria externa, os direitos fundamentais quando colidem entre si no caso concreto podem sofrer restrições. E para solucionar o impasse das colisões dos direitos fundamentais, Alexy propõem a regra da proporcionalidade e sua três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e deve-se observar que seja qual for a restrição que o direito fundamental sofra, em caso concreto e com suporte fático amplo, nunca será afetado o direito em si, sua validade e sua extensão *prima facie*. (ALEXY, 2011, p. 116-121)

Alexy (2011, p. 276-332) destaca que os limites que se impõem nos direitos fundamentais devem observar outros limites, *os limites dos limites* (regra da proporcionalidade) e que essa regra tem uma dupla função: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente, esse ponto é para não existir a não aplicação de um direito fundamental em casos em que se pode aplicá-lo (SARLET, 2012, p. 404).

A regra da proporcionalidade tem por objetivo principal não deixar que as restrições aos direitos fundamentais sejam desproporcionais e a regra da proporcionalidade proposta por Alexy (2011, p. 588), para determinar qual direito fundamental, ou quanto um direito cede em favor de outro no caso concreto, leva em conta três sub-elementos.

O primeiro é a adequação em que se precisa saber se aquela resolução de conflito de direitos fundamentais é adequada para se chegar no objetivo perseguido, que é a resolução do caso concreto (SILVA, V. A., 2010, p. 169 e 170 e ALEXY, 2011, p. 590).

Após, vem a análise da necessidade que leva em conta duas variáveis: a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido. Se as duas medidas forem igualmente eficientes para se chegar no objetivo, deve-se dar preferência ao “meio menos gravoso” (SILVA, V. A., 2010, p. 171 e 172 e ALEXY, 2011, p. 590).



Por último, é realizada a proporcionalidade em sentido estrito, que é o sopesamento de princípios propriamente dito, devendo-se levar em conta todas as observações já supracitadas e que tem por função principal evitar exageros de um direito sobre o outro, mesmo que esse exagero seja adequado e necessário (SILVA, V. A., 2010, p. 175 e ALEXY, 2011, p. 590).

Nessa fase da regra, é necessário observar as vantagens e desvantagens da medida. Para chegar a essa conclusão, é necessário fazer ponderações levando em conta todos os interesses e encontrar uma solução que seja constitucionalmente adequada, sempre baseada numa argumentação consistente, coerente e convincente (MARMELSTEIN, 2014, p. 380).

Alexy propõe para uma maior confiabilidade no sistema de sopesamento a utilização de elementos matemáticos levando em conta a diferença do grau de intensidade na realização de um princípio e o grau de intensidade na restrição de outro. Alexy também apresenta outras formulas, porém Silva afirma que estas não substituem a argumentação jurídica (ALEXY, 2011, p. 593-601).

Apesar das fórmulas propostas por Alexy (2011, p. 603-604) o mais importante ainda, segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 176), é a argumentação, critérios de valoração ou a observância de precedências condicionadas.

Para Alexy, os princípios precisam ser otimizados ao máximo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas e só devem ser restringidos quando existem conflitos real entre eles.⁵

Portanto, um princípio só deve deixar de ser aplicado por completo quando esse, por meio da regra da proporcionalidade, ceder em relação a outro princípio e somente naquele caso concreto analisado por um suporte fático amplo ou então quando essa limitação seja para proteger ou preservar outro valor presente na constituição.

⁵ “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza.”(ALEXY, 2011, p. 117.)



3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A RESOLUÇÃO O IMPASSE DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

A teoria dos princípios vista no capítulo anterior somente chegou com força do Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal vigente, em 1988, a qual estabeleceu um regime constitucional reforçado para os direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 185 e 185).

Quando esses direitos entram em colisão no caso concreto, precisam, por vezes, ser resolvidos pelo judiciário. Robert Alexy, com a teoria externa dos direitos fundamentais, propõe um método para a resolução da colisão entre direitos fundamentais, o que busca definir uma resposta razoável ao conflito.

Neste capítulo será visto como pode ser encontrada uma resposta razoável (constitucional) a colisão entre direitos fundamentais que ocorre no caso das biografias não autorizadas.

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

No que se refere as biografias não autorizadas, o que se estava em discussão no Supremo Tribunal Federal é a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei 10.406/02) que garante que escritos, imagens, publicação e exposições de pessoas podem ser proibidos, se não autorizados, quando atingirem a honra, boa fama ou respeitabilidade das pessoas quando essa divulgação tiver fins comerciais. Esses artigos seriam inconstitucionais, pois não respeitariam o direito fundamental da liberdade de expressão e o consequente acesso ao conhecimento (GUIMARÃES, s/d).

Porém, o problema não reside apenas na inconstitucionalidade desses artigos, visto que existem outros direitos fundamentais que protegem a personalidade, como o direito a privacidade, vida privada, honra e imagem e quando esses direitos entram em colisão se faz necessário fazer o sopesamento para definir até onde um direito cede em favor de outro nesse caso concreto (GUIMARÃES, s/d).

É necessário ressaltar que os direitos em espécie, levando em consideração a teoria externa, não apresentam uma definição estanque e muito menos já preestabelecidos os



limites sem analisar o caso concreto. As definições dos direitos fundamentais para a teoria externa são conceitos *prima facie*, sem levar em conta a situação casuística (SILVA, 2010, 128 a 142).

Alexy afirma que os direitos fundamentais são um mandado de otimização que devem ser cumpridos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto e que em determinadas situações, quando em colisão com outros direitos fundamentais, após uma ponderação realizada de acordo com o teste da proporcionalidade, podem ceder (ALEXY, 2011, p. 81-114).

a) Direito à Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão segundo Jónatas Machado é um direito mãe (2002) e está presente na Constituição de 1988 dividida em diferentes liberdades. Diferente de outras constituições,⁶ a brasileira não prevê o gênero liberdade de expressão, mas sim, suas espécies, como por exemplo a liberdade de crença, de manifestação de pensamento, científica, de informação, de comunicação (incluindo a liberdade de imprensa) e de livre expressão artística e intelectual. As quatro últimas intimamente ligadas as biografias não autorizadas (SARLET, 2013, p. 448 e 449).

Sarmento considera que o âmbito de proteção da liberdade de expressão é amplo (2013, p. 255). Canotilho (2014, p. 29) usa a expressão “âmbito normativo alargado” e considera inconstitucional qualquer forma de censura, em especial a prévia censura. Sarmento divide a liberdade de expressão em dois grandes grupos: a liberdade de expressar de pensamentos e a liberdade de expressar fatos, sendo a segunda a liberdade presente no caso das biografias não autorizadas (2013, p. 255).

No ponto concernente a liberdade de expressar fatos, Sarmento (2013, p. 255) coloca a verdade como sendo um marco do que esse direito constitucional protege ou não. E Sarlet (2013, p. 448 e 449) concorda que a partir do ponto que se fala inverdades sobre alguém,

⁶ Como por exemplo a Constituição portuguesa de 1976 (art. 37, 1), Constituição espanhola de 1978 (art. §§ 1º e 2º), Constituição italiana (art. 21) e Constituição da Quinta República Francesa) preâmbulo da Constituição de 1946 combinado com art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).



a liberdade de expressão deixa de ser protegida. Como o conceito de verdade não é unânime e partindo da premissa que as biografias não autorizadas seriam apenas uma versão da história e salientando que

o âmbito de proteção desse direito é o mais amplo possível Sarmiento (2013, p. 2038) comenta:

Uma diferença relevante diz respeito à questão da verdade. Se, no campo das ideias, não há como condicionar o exercício da liberdade comunicativa à correção da opinião a ser exprimida, na seara dos fatos o mesmo não pode ocorrer. As afirmações comprovadamente inverídicas sobre fatos não têm qualquer valor para a sociedade, não merecendo tutela constitucional. Contudo, esta exigência de veracidade não pode levar ao extremo de impedir-se a divulgação de relatos divergentes sobre os mesmos acontecimentos, realizados de boa-fé, por quem buscou se inteirar com razoável diligência sobre o ocorrido. Não fosse assim, em nome da razoável proteção da “verdade” seria possível a imposição de uma versão oficial e imutável dos fatos, impedindo-se qualquer debate social sobre o que realmente aconteceu.

Assim, apesar da ampla proteção da liberdade de expressão, ela não é absoluta e pode ser limitada no caso concreto, uma vez que tem natureza de princípio (CANOTILHO, 2014, p. 32). O exemplo de restrição aqui tratado é o do dever da verdade quando se divulgam fatos.

Liberdade de expressão convive com outros direitos importantes como a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade (direito à intimidade e à vida privada, honra e imagem) e quando direitos fundamentais entram em conflito, é necessário sopesá-los para chegar a uma conclusão (SARLET, 2013, p. 448 a 460).

b) Direito à intimidade e à vida privada

Segundo CANOTILHO (2014, p. 68) o direito a intimidade e à vida privada está contida no patamar da dignidade e da autonomia individual e estão intimamente ligados aos direitos da imagem e da honra, compondo os direitos de personalidade. Direitos esses que visam proteger de terceiros o íntimo dos cidadãos para um melhor desenvolvimento físico e espiritual individual. O objetivo principal da proteção desses direitos é evitar a desnecessária intromissão na vida das pessoas e está intimamente ligado ao direito ao isolamento (MARMELSTEIN, 2014, p. 133).

Intimidade e vida privada englobam ainda a proteção do domicílio, sigilo fiscal e bancário. A doutrina e a jurisprudência alemã criaram três esferas distintas para esses direitos. A chamada esfera íntima que seria um núcleo intangível e inviolável da intimidade; a esfera



privada que são certos aspectos não necessariamente sigilosos da vida dos indivíduos, sendo possível ponderação com outros bens jurídicos; e por último a esfera social que o indivíduo não teria mais direito a sua intimidade e vida privada. Apesar de ter um referencial importante a teoria das esferas não deu conta de solucionar a totalidade das situações pelo simples motivo de não saber, quando a situação concreta acontece, em qual esfera ela se encontraria. (SARLET, 2012, p. 406)

Canotilho (2014, p. 68 e 69) faz uma importante diferenciação sobre a intimidade e vida privada de “figuras públicas” e de indivíduos que não são “figuras públicas”. A vida, mesmo privada, de uma “figura pública” estaria mais exposta e com um ponderação mais frouxa do que de um indivíduo que não se enquadra nessa categoria.⁷

Fato é, que toda pessoa tem um núcleo de intimidade inviolável, outro núcleo sujeito a ponderações e um terceiro onde os direitos a intimidade e vida privada não fazem mais efeitos, mas definir em qual núcleo o fato em si está se torna o grande problema. Para o caso das biografias não autorizadas e para o jornalismo em geral, Canotilho afirma que o biógrafo deve-se limitar aos aspectos de interesse social e jornalístico, o que aparece outro problema: definir o que seria ou não de interesse social e jornalístico (CANOTILHO, 2014, p. 97).

c) Direito à honra

Esse direito está ligado ao direito de felicidade pessoal e visa proteger o cidadão contra ataques difamatórios que prejudiquem a reputação dos indivíduos perante outros e prejudicando seu convívio social. (CANOTILHO, 2014, p. 63-64)

Assim com os outros direitos de personalidade, o direito à honra carrega bastante carga subjetiva e de imaterialidade. Esse direito pode ser dividido em honra subjetiva que é a autoestima que do próprio titular do direito e honra objetiva que é um conceito social sobre o cidadão em questão, a reputação, e é importante ressaltar que a honra objetiva é também garantida mesmo após a morte do titular do direito.⁸

⁷ Nesse sentido, escreve o autor: “No que diz respeito às figuras públicas, admite-se, de um modo geral, uma maior intrusão nos espaços de privacidade definidos por esses círculos, com vários argumentos, relacionados sobretudo com a sua exposição pública e com o interesse do público da sua vida e da sua conduta. Isto, sem esquecer que mesmo aí, existem esferas de privacidade reservadas. Já a compressão de direitos de privacidade e intimidade pessoal de indivíduos que não sejam figuras públicas está sujeita a uma ponderação mais apertada com o interesse público.” (CANOTILHO, 2014, p. 68 e 69)

⁸ “O direito à honra protege, nessa perspectiva, a reputação da pessoa e a consideração desua integridade como ser humano por terceiros e pelo próprio titular do direito (honra subjetiva), destinando-se a salvaguardar o indivíduo de expressões ou outras formas de intervenção do direito que possam afetar o crédito e os sentimento de estima e inserção social de alguém” (SARLET, 2012, p. 436 e 437.)



O critério da verdade de novo aparece no debate em relação a honra, onde uma informação verídica poderia ter um peso maior no sopesamento quando esse direito se colide com a liberdade de expressão. Ressaltando o que já foi supracitado sobre o conceito de “verdade”, é certo que nem mesmo informações comprovadamente verídicas têm o condão de anular esse direito, é sempre necessário ponderar, levando em consideração o caso concreto e o dano da informação sobre o honra do cidadão (SARMENTO, 2013, p. 257).

d) Direito à imagem

O direito à imagem é também um direito de personalidade ligado a “identidade pessoal”, é a proteção da “imagem física” do cidadão em todas as suas vertentes. Para Sarlet (2012, p. 439 a 442), o direito à imagem é mais alargado no que se refere a “pessoas públicas” do que os outros direitos de personalidade, visto que até certo ponto a imagem dessas pessoas já são públicas.

O direito à imagem, por sua vez, também não é absoluto e frequentemente entra em linha de colisão com outros direitos fundamentais, com destaque - da mesma forma como se verifica com o direito à honra - para a liberdade de expressão. Nesse sentido já se viu também que, quando se trata de pessoas públicas em local público ou mesmo que estão em local privado, mas de acesso público, é possível presumir uma autorização implícita, que, em sendo o caso, afasta a ilicitude (cível e penal) do uso da imagem, desde que não de modo distorcidos.

Canotilho (2014, p. 60 a 63) também chama atenção para o fato da imagem ser muitas vezes usada sem autorização para usos comerciais e para publicidade, o que seria totalmente diferente da utilização da imagem com fins jornalísticos, com fins de informar fatos relevantes o que retorna da seara do que seria ou não relevante, perante o alto grau de subjetividade dos direitos de personalidade.

3.2 A TEORIA EXTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE NO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Solucionando esse conflito, por meio do teste ou da máxima da proporcionalidade, em que também se faz necessário averiguar se a restrição que ocorrerá será válida e legítima, não podendo ocorrer uma violação aos direitos em questão, chegará em uma lei de colisão proposta por Alexy (2011, p. 588 a 590). Lei essa que será uma regra para aquele caso concreto e com aquelas terminadas condições. Essa lei pode ser determinada pela fórmula: (p1 P p2) C,



em que p1 seria o princípio que prevaleceria (P) sobre o outro princípio (p2) naquelas condições (C), condições essas que são tanto fáticas quanto jurídicas.

O teste da proporcionalidade, conforme ensina Alexy (p. 575 a 628) é uma relação meios e fins. Em que a medida é a necessidade de prévio autorização para publicação de biografias. Essa medida restringe a liberdade de expressão. O resultado do teste dirá se essa restrição é válida, se é legítima, se é proporcional, visto que esse medida chega ao fim da relação que é a proteções dos direitos da personalidade.

Para chegar na lei de colisão das biografias não autorizadas e suas condições é necessário aplicar o teste da proporcionalidade. De acordo com o que propõe Alexy (2011, p. 588 a 590), primeiro deve-se analisar as questões fáticas e o primeiro passo do teste que é a adequação. A autorização prévia para a publicação de biografias é a medida adequada para se proteger os direitos da personalidade? A resposta para essa indagação é que sim, com a autorização prévia, os direitos da personalidade estariam protegidos e seria uma forma preventiva de evitar um dano irreparável.

O segundo passo do teste, proposto por Alexy (2011, p. 590-593), é ainda uma questão fática, referente a necessidade: Existe outra maneira, tão eficiente quanto, que gere uma intervenção menor na liberdade de expressão e proteja da mesma forma os direitos da personalidade? A resposta é que não existe uma maneira que consiga proteger os direitos da personalidade com a mesma eficácia que a prévia autorização, pois com o dano já ocorrido, a responsabilização posterior nunca terá a mesma eficiência do que a anuência anterior.

Vencidas as duas etapas fáticas do teste da proporcionalidade, a terceira máxima parcial do teste é a proporcionalidade em sentido estrito que, segundo Alexy (2011, p. 593), é uma análise jurídica dos princípios colidentes. Essa etapa é onde ocorre a lei de sopesamento ou ponderação que afirma que quanto maior a restrição de um direito, maior será a importância da satisfação do outro.

A lei de sopesamento pode ser dividida em três etapas. A primeira é uma análise do grau de intervenção de restrição de um princípio, ou seja, o grau que a liberdade de expressão vai ser restringida com a necessidade da prévia autorização para a publicação de biografias. Alexy (2011, p. 593 a 627) divide esse grau em leve, moderado e forte. Canotilho (2014, p. 28) considera que em uma sociedade democrática a liberdade de expressão deve ser vista como uma forma de assegurar “a libertação das tensões sociais, na proteção das diversidade de opiniões, na acomodação de interesses, na transformação pacífica da sociedade”, ou seja, a necessidade



da prévia autorização para publicação de biografias restringiria a liberdade de expressão de forma forte, visto que seria uma forma de censura privada.

A segunda etapa refere-se a importância da satisfação do princípio colidente, ou seja, qual a importância de garantir os direitos da personalidade. Alexy também divide essa segunda etapa em leve, moderada e forte. Vale salientar que os direitos fundamentais no Brasil tem igual importância e só devem ser restringidos no caso concreto em colisão com outro, o que seria uma exceção (ROTHENBURG, 2014, p.

3-39). Canotilho (2014, p. 34) afirma que os direitos da personalidade se baseiam na proteção da consciência, autonomia, pensamento e reputação, tutelados pela dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade e que os direitos da personalidade junto com a liberdade de expressão “complementam-se na afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade aberta”. Por isso satisfação dos direitos fundamentais da personalidade apresenta um grau forte de importância, assim como o grau de intervenção da restrição do direito da liberdade de expressão com a necessidade de prévia anuência para publicação de biografias (CANOTILHO, 2014, p. 27 a 42).

Toda via, no caso das biografias não autorizadas, quando se trata de uma figura pública, que seriam os potenciais biografados, os direitos da intimidade e da imagem são relativizados, pois além do interesse social e jornalístico nessas questões essas pessoas teriam consciência de seus atos perante a sociedade e acesso aos meios de comunicação e poderiam manipulá-los em seu favor (CANOTILHO, 2014, p. 45 a 55). A tese da Suprema Corte Americana da posição preferencial da liberdade de expressão defendida no caso *New York Times versus Sullivan*, em 1964, e que teve repercussões no direito alemão, francês, italiano e inclusive no direito brasileiro também aponta para uma relativização dos direitos da personalidade para pessoas públicas e que os possíveis danos devem ser indenizados e inclusive com responsabilização penal posterior a publicação

(SCHEREIBER, s/d).

A terceira e última etapa da lei do sopesamento, segundo Alexy (2011, p. 593 a 627), é sobre se a importância da satisfação de um princípio justifica a restrição do outro, ou seja, se a importância da liberdade de expressão satisfeita no caso concreto das biografias não autorizadas justifica a afetação dos direitos da personalidade. Nesse etapa que os argumentos são comparados e sopesados e que se definem as condições em que um direito fundamental cede em relação a outro nesse caso.



Os direitos fundamentais da personalidade devem ser considerados um direito próprio básico de qualquer pessoa. Assim como qualquer direito fundamental deve ser garantido pelo Estado contra qualquer violação seja ela do próprio Estado ou de outro particular (GAMIZ, 2012, p. 50 e 51). Os objetivos desses direitos são proteger o físico, o psíquico e a moral dos individual. Na questão da prévia autorização para a publicação de biografias o objetivo é a proteção da moral que abrange a intimidade e o segredo, a honra, a identidade e a reputação. Outro ponto importante na questão de proteção dos direitos da personalidade é a análise de quanto uma questão íntima e pessoal de um individual pode ser relevante para a sociedade (GAMIZ, 2012, p. 52 e 53).

De outro lado, segundo Canotilho (2014, p. 95 a 98), o direito fundamental da liberdade de expressão, um dos pilares de qualquer democracia e a proibição da censura, se considerar a necessidade de prévia autorização como uma forma de censura privada, ou seja, uma censura que não advém do poder do Estado.

Fato é que, conforme ensina Canotilho (2014, p. 96 a 98), mesmo que no caso das biografias não autorizadas no Brasil não seja necessária a prévia autorização para a publicação, não é o caso de considerar o direito a liberdade de expressão absoluto, sem nenhuma restrição. É necessário seguir condições de outros direitos fundamentais para não haver uma violação dos direitos da personalidade, não se trata de violar um direito, apenas restringi-los no caso concreto, sem afetar o seu conceito *prima facie*.

Como já supracitado os direitos da privacidade são relativizados quando se trata de uma pessoa pública. Nery Jr. (2012) afirma que essa relativização depende da notoriedade da pessoa e do fato. Não é porque se trata de uma pessoa pública que essa não possui vida privada a ser respeitada, mas é fato que se tratando de uma figura pública os círculos da privacidade são mais frouxos e o núcleo inviolável é menor (2012, p. 406).

Outra ponderação a ser feita sobre a liberdade de expressão no caso das biografias não autorizadas é sobre a forma de obtenção das informações, elas devem ser sempre conseguidas de maneiras lícitas e não abusivas, não violando também outros direitos fundamentais como, por exemplo, inviolabilidade do domicílio, sigilo telefônico, postal e bancário (NERY JR., 2012).

A de ser levado em conta também o local do fato a ser pesquisado, se aconteceu em ambiente público ou estritamente privada, onde haveria expectativa de privacidade ou não (NERY JR., 2012).



Outro ponto relevante é sobre a veracidade do fato, não que exista uma verdade real dos fatos, porém o biógrafo precisa se precaver de averiguar da forma mais diligente possível sobre a veracidade dos fatos que vai narrar e se os fatos não forem positivos a precaução deve ser ainda maior (NERY JR., 2012).

Por último deve atentar-se o biográfico antes de publicar qualquer biografia sobre o interesse social e jornalístico daquele fato, de nada vale a liberdade de expressão em um país democrático para publicar fatos e acontecimentos sem interesse relevância para a sociedade (CANOTILHO, 2014, p. 97).

Resta esclarecer que, como observa Canotilho (2014, p. 97), mesmo com a não necessidade de anuência prévia para publicação de biografias, fica resguardado a possibilidade de tutela jurisdicional em caso de não conformidade com as normas tanto civilmente, com indenizações em caso de danos, quanto penalmente, quando houver crimes contra a honra. Essa responsabilidade e do próprio autor juntamente com a editora:

Dado a máxima da proporcionalidade chega-se a lei de colisão do caso da necessidade, ou não, da prévia autorização para publicar biografias, lei essa que passa a ser a regra para o caso, dado as condições.

A lei de colisão, conforme ensina Alexy (2011, p. 593 a 627) se dá por (p1 P p2) C, em p1 é o direito fundamental da liberdade de expressão que prevalece (P) sobre p2 que são os direitos da personalidade dada as seguintes condições (C): figura pública, informações conseguidas de forma idôneas, juntamente com a fato ter acontecido em um local sem expectativa de privacidade, o biógrafo precisa ter se preocupado com a confirmação da veracidade das informações (NERY JR., 2012).

Conforme observa Canotilho (2014, p. 97), as informações precisam ser de interesse social e jornalístico.

Saliente-se que apenas em casos extremos em que as condições supracitadas forem claramente violadas é que se pode falar em recolher as publicações. Deve-se evitar a censura, seja ela privada ou estatal, em um Estado Democrático de Direito, deixando claro que existem meios civis e penais para uma eventual reparação de dano superveniente (CANOTILHO, 2014, p. 97 e 98).

4 CONCLUSÃO



Dada toda controvérsia sobre a questão da necessidade, ou não, da prévia autorização para a publicação de biografias no Brasil iniciada com o emblemático caso da biografia do cantor Roberto Carlos “Em Detalhes”, escrita por Paulo Cesar de Araújo e a insegurança jurídica que se instalou no país depois da proibição de comercialização da biografia de Roberto Carlos e da liberação da biografia do também cantor João Gilberto. Em julho deste corrente ano o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.815, decidiu pela desnecessidade de autorização prévia para a publicação de biografias, em nome da liberdade de imprensa, a qual tem uma posição preferencial no regime constitucional brasileiro.

Com essa questão, este trabalho procurou utilizar a teoria externa dos direitos fundamentais e o teste da proporcionalidade propostos por Robert Alexy para se chegar a conclusão de qual direito fundamental cede em detrimento de outro: liberdade de expressão ou direitos da personalidade. O primeiro protege a liberdade intelectual, artística e é uma grande proteção contra a censura e os segundos protegem a intimidade, a vida privada, honra e imagem dos cidadãos.

Como visto, fato é que nenhum direito pode violar outro, eles são apenas restringidos daquele caso concreto e com determinadas condições. Com a aplicação do teste da proporcionalidade chegou-se na resposta de qual direito cede em favor de outro no caso e quais as condições para isso ocorrer.

Como foi demonstrado, *prima facie* todos os direitos são válidos na sua plenitude, porém em caso concretos, em algumas ocasiões os direitos sofrem restrições. É o que acontece com a necessidade, ou não, de prévia autorização para publicação de biografias e os direitos da liberdade de expressão (que aponta para não necessidade de prévia autorização) e os direitos da personalidade (que apontam para a necessidade de prévia autorização). O teste ou a máxima da proporcionalidade demonstrou-se uma maneira eficaz de resolver esse problema.

O teste começou com a análise da adequação, neste momento perguntou-se se os direitos da personalidade são protegidos com a prévia autorização, com a resposta positiva parte-se para a segunda etapa fática referente a necessidade da medida. Perguntou-se se existe outra medida tão eficaz quanto a prévia autorização que não gere o embate de direitos fundamentais. A resposta foi que não existe pois como o dano já ocorrido, a reparação do mesmo nunca terá a mesma eficácia.

Passado pelos critérios fáticos, passou-se para a análise jurídica e a proporcionalidade em sentido estrito. Analisou-se o grau de intervenção de restrição da liberdade de expressão se



for restringido pelos direitos da personalidade e chegou-se a conclusão que é um grau forte. Forte também é a importância da satisfação dos direitos fundamentais da personalidade, porém esses direitos tem sua importância relativizada quando se trata de figura pública.

O último passo da ponderação se refere que se a satisfação do direito à liberdade de expressão justifica a afetação dos direitos da personalidade e nessa etapa que os argumentos são levados em consideração e prevaleceu o argumento a favor da liberdade de expressão contra a censura privada e que se causar algum dano, o autor pode ser responsabilizado tanto civil quanto penalmente.

Claro que essa liberdade de expressão não é e nem pode ser absoluta, pois nessa forma seria uma violação aos direitos da personalidade e não uma restrição. A liberdade de expressão deste contexto precisa seguir condições. As condições do caso concreto são: ser figura pública, o fato ter interesse social e jornalístico, conseguir as informações por meios idôneos, a informação não ter expectativa de privacidade e o biógrafo ter a preocupação de certificar-se da veracidade dos fatos.

Com esses resultados do teste ou máxima da proporcionalidade chegou-se a lei de colisão, que se torna regra para o caso concreto. A lei de colisão é descrita segundo a fórmula (p1 P p2) C onde a liberdade de expressão (p1) prevalece (P) sobre os direitos da personalidade (p2) sob as condições (C) supracitadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Paulo Cesar de. **O réu e o rei: Minha história com Roberto Carlos, em detalhes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de julho de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Biografia não autorizadas versus liberdade de expressão**. José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. M. Machado, Antônio Pereira Gaio Júnior. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.



CARNEIRO, Luiz Orlando. **Biografias não autorizadas em marcha lenta no STF**. Disponível em: <<http://jota.info/biografias-nao-autorizadas-em-marcha-lenta-stf>>. Acesso: 22/05/2015.

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

FARIAS JR, José Petrucio de. A legitimação do registro biográfico como documento histórico: Eunápio e suas biografias. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n.87, agosto, ano VIII, Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/087/87fariasjr.htm>>. Acesso: 20/05/2015.

FIGUEIRÔA, Silvia F. de M., A propósito dos estudos biográficos na história das ciências e das tecnologias. **Revista de História e Estudos Culturais**. Campinas. v.4. ano IV. n.3. p.1-14. jul./ago./set., 2007.

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. **Privacidade e Intimidade: Doutrina e Jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2012.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte. **Liberdade de expressão e direitos da personalidade: a ponderação de interesses no âmbito das biografias não autorizadas**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=379d08c7a38df48c>> Acesso: 20/05/2015.

LIMA, Edvaldo Pereira. **Páginas Ampliadas: o livro-reportagem como extensão do jornalismo e da literatura**. 4. ed. Barueri-SP.: Manolo, 2009.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra Editora, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MICHAELIS. **Dicionário de Inglês On Line**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/de-finicao/ingles-portugues/ghost-writer%20_453329.html>.

NERY JR, Nelson, **Revista de Direito Privado**. Ano 13. Vol. 52. Revista dos Tribunais: São Paulo. Out - Dez/ 2012.

PEREIRA, Lígia Maria Leite. Algumas Reflexões sobre histórias de vida, biografias e autobiografias. **História Oral**. Marechal Cândido Rondon. v.3. p.117-127. 2000.

PRIORE, Maria Del. Biografia: quando o indivíduo encontra o história. **Topoi**, Rio de Janeiro, v.10, n.19, p.7-16. jul.-dez. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2007.002.06253 contra deferimento de tutela antecipada. Agravante: Paulo César Araújo e editora, Agravado: Artista biografado. Relator: Desembargador Pedro Raguenet. Rio de Janeiro, 12 de março de 2007.



ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Comentários à Constituição do Brasil**./ J. J. Canotilho, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva/Almendina, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitodiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação nº 0181186-30.2012.8.26.0100. Apelante: João Gilberto Pereira de Oliveira. Apelado: Cosac & Naify Edições Ltda. Relator Desembargador Moreira Viegas. São Paulo, 27 de agosto de 2008.

SARMENTO, Daniel. **Comentários à Constituição do Brasil**./ J. J. Canotilho, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva/Almendina, 2013.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Daniel Sarmento. (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (prelo), 2009.

SCHREIBER, Simone. **Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14757-14758-1-PB.htm>> Acesso em: 20/05/2015.

SILVA, Claudiomiro Vieira da. **A Reinvenção do passado em Tropical Sol da Liberdade**. 162 p. Dissertação (Mestrado em Estudos Literário) - Setor de Ciências Humanas e Artes. Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, 2005.

SILVA, Maria Aparecida Oliveira. A Biografia antiga: O caso de Plutarco. **MÉTIS: história & cultura**, Caxias do Sul, v. 2, n. 3. p.23-34. jan.-jun. 2003.

_____. Biografia como fonte histórica. **Cadernos de Pesquisas do CDHIS**. Uberlândia. n.36-37. ano. 20. p.9-15. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-America de Estudos Constitucionais** 6. p. 541-558, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. n. 798. p. 23-50. 2002.



SILVA, Wilton Carlos Lima da. Biografia: construção e reconstrução da memória. **Fronteiras**. Dourados. v.11. n.20. p.151-166. jul.-dez., 2009.

TURCO, Helem Patrícia de Fáveri. **Biografias não autorizadas: os limites da teoria interna e as restrições da teoria externa para resolução desta tensão entre direitos fundamentais**. 117 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito. Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2011.

VILAS BOAS, Sergio, **Biografias & Biógrafos: Jornalismo sobre personagens**. São Paulo: Summus Editorial, 2002.

_____. **Biografismo: reflexões sobre as escritas da vida**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007.