

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

MÁRCIO ANTÔNIO DEOTTI IBRAHIM JÚNIOR

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE PÓS-
POSITIVISTA ACERCA DO TEMA**

Juiz de Fora

2016

MÁRCIO ANTÔNIO DEOTTI IBRAHIM JÚNIOR

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE PÓS-
POSITIVISTA ACERCA DO TEMA**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito sob
orientação do Prof.(a) Dr.(a)
Luciana Gaspar Melquiades
Duarte

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MÁRCIO ANTÔNIO DEOTTI IBRAHIM JÚNIOR

BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE PÓS-POSITIVISTA ACERCA DO TEMA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dra. Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Dra. Claudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

Dedico este trabalho à minha família e amigos que, não raras vezes, se viram privados da minha companhia , por motivos de estudo, durante esse tempo de formação.

Agradeço a todos que, de certo modo,
contribuíram para a concretização dessa
empreitada.

"Posso não concordar com o que você diz, mas
defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo"
Voltaire

RESUMO

Este trabalho, fruto de uma pesquisa qualitativa calcada em fontes indiretas, enfrenta a problemática afeta à questão das biografias não autorizadas no ordenamento jurídico pátrio. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado sobre o tema recentemente (2014) através da ADIN 4815, urge uma análise reflexiva acerca do tema, mormente através das perspectivas do Pós-Positivismo, Neoconstitucionalismo e Direito Civil-Constitucional. Além disso, busca-se releitura do instituto das biografias através da teoria dos fatos. Não se pode descurar que o tema relativo às biografias não autorizadas envolve uma série de conflitos relativos a direitos fundamentais e direitos da personalidade, de forma que se tornou necessário o enfrentamento de questões relativas às fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado. Por último, torna-se objetivo do presente trabalho a proposição de alguns standards, baseados no conceito moderno de privacidade de modo a direcionar o tratamento do tema afeto às biografias no ordenamento nacional.

Palavras-chave: Biografias não autorizadas. Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Neoconstitucionalismo. Pós-Positivismo.

ABSTRACT

This work, the result of a qualitative research grounded on indirect sources, faces the problem affects the issue of unauthorized biographies on brazilian law. Although the Supreme Court has already spoken out on the subject recently (2014) by ADIN 4815, urges a reflective analysis of the topic, mainly through the perspectives of post-positivism, Neoconstitutionalism and Civil-Constitutional Law. In addition, it seeks to re-reading of the Institute of biographies through the theory of the facts. One can not overlook the issue on unauthorized biographies involves a series of disputes concerning fundamental rights and rights of personality, so that it became necessary to address issues concerning the boundaries between public law and private law. Finally, objective of the present work it is the proposition of some standards, based on the modern concept of privacy in order to direct the affection theme treatment to biographies in national law.

Keywords: fundamental rights; Neoconstitutionalism; Post-Positivism; privacy; unauthorized biographies;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL	15
2 AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS	23
2.1 Biografias não autorizadas como uma teoria dos fatos	25
3 A LIBERDADE E AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS	27
4 DA OFENSA DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS A DIREITOS.....	30
4.1 Direitos da personalidade e direitos fundamentais	32
4.2 Da ofensa à privacidade.....	37
4.3 Da ofensa à honra	39
4.4 Da ofensa à imagem	42
4.5 O direito ao esquecimento	46
5. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 4815 (BRASIL, 2012) E A AUDIÊNCIA PÚBLICA ACERCA DAS BIOGRAFICAS NÃO AUTORIZADAS	50
6 AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E O PÓS-POSITIVISMO	54
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A questão das biografias não autorizadas sempre foi tema problemático no estudo da ciência jurídica. Os contornos e os direitos envolvidos na abordagem do tema são assaz complexos. O direito à liberdade é de grande importância no ordenamento jurídico; no entanto, não se trata de cláusula absoluta. Justamente por isso, podem conflitar com outros valores como os direitos de intimidade, privacidade e a honra.

Desta forma, qualquer abordagem superficial sobre o tema deve ser refutada. Trata-se de questão complexa que merece enfrentamento teoricamente referenciado. Para tanto, os processos de investigação e reflexão propostos empregarão como fio heurístico da teoria dos direitos fundamentais e da personalidade. Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico reflexões de autores pós-positivistas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, entre outros.

O Pós-Positivismo, conforme será analisado pormenorizadamente em momento oportuno, emerge como doutrina jusfilosófica após o período pós-guerra. Trata-se de resposta às barbáries observadas. Segundo os seus defensores o Direito não se basta como ciência hermeticamente fechada. Ao revés, deve ser permeado por valores morais, filosóficos, sociológicos, etc. Além disso, teve-se reconhecida a normatividade dos princípios e o deslocamento do epicentro jurídico para a garantia de direitos fundamentais.

Destaca-se, no entanto, que a análise do tema proposto vai além das fronteiras estritas dos direitos fundamentais. O tema das biografias não autorizadas possui íntima relação com teoria dos direitos da personalidade e, desta feita, ao direito privado. Sendo assim, em um primeiro momento, buscar-se-á romper com a dicotomia entre o direito público e direito privado no ordenamento jurídico brasileiro. Mostrar-se-á que as fronteiras entre o conceito de direitos fundamentais e dos direitos de personalidade não é tão rígida no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode esquecer, no entanto, da análise do tema das biografias não autorizadas pela perspectiva do Direito Comparado. Destaca-se que existe robusta produção por estudiosos alienígenas relativos aos seus ordenamentos jurídicos. Desta forma, poder-se-á compreender como o tema é tratado em outros sistemas e, a partir disso, buscar soluções para o Direito pátrio.

Por óbvio, não se esquecerá da análise por parte de doutrinadores nacionais acerca do tema. Assim, será possível aferir o entendimento por parte dos estudiosos brasileiros e debruçar-se criticamente acerca das suas perspectivas.

A abordagem legal acerca do tema também é de crucial enfrentamento. Aliás, acerca desse ponto, será possível investigar tanto a legislação vigente, quanto a eventualmente revogada e, por último, projetos legislativos em curso tendentes ao tratamento do tema das biografias não autorizadas.

Feitas as abordagens relativas aos planos doutrinário e legal, deverá debruçar-se sobre perspectiva jurisprudencial. Acerca desta, ganha relevo a ADIN 4815 (BRASIL, 2014) e os debates travados em sede de audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal - STF. Sob esse viés, poder-se-á trazer à baila os argumentos enfrentados e os trazidos pelos ministros do STF.

Concluída a análise do estado da arte relativo ao às biografias não autorizadas, passar-se-á para uma nova proposta de abordagem do tema. A pesquisa ganha, nesta parte, maior relevância construtiva. Para tanto, utilizar-se-á como lente hermenêutica necessária à abordagem do tema das biografias não autorizadas o marco teórico proposto: o Pós-Positivismo e a perspectiva de abordagem do direito civil-constitucional. Desta forma, espera-se delinear o conteúdo do tema de forma a garantir os direitos fundamentais da forma mais precisa possível.

Para o alcance destes propósitos, procedeu-se a investigação sob a metodologia dedutiva e mediante emprego de fontes indiretas, quando se logrou a formulação de novos paradigmas teóricos para o instituto das biografias não autorizadas, que a seguir se expõem.

1 PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A evolução da ciência é baseada na ideia de paradigmas ou seja, das realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência (Khun, 1975). São espécies de verdades tidas como basilares à compreensão de certo fenômeno, em determinado recorte histórico, compartilhadas por uma série de estudiosos.

Nessa toada, as revoluções científicas, estão relacionadas à superação de paradigmas e à transição sucessiva de um paradigma a outro. Este é o padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida. Thomas Kuhn (1975) traz exemplos sólidos acerca do tema como o fato de que em nenhum período entre a antiguidade remota e o fim do século XVII exibiu uma única concepção da natureza da luz que fosse geralmente aceita; ou a teoria geocêntrica de Ptolomeu, que afirmava ser a terra o centro do universo, e que foi substituída por um novo modelo, a teoria heliocêntrica de Copérnico, que afirmava ser o sol o centro.

Projetando a perspectiva apresentada para a seara jurídica, pode-se dizer que a doutrina positivista é um paradigma jurídico e vem sendo superado cada vez mais pela ciência jurídica pátria e pelo o Direito Comparado, de uma forma geral. Explica-se.

O surgimento do Positivismo está atrelado, por alguns, às idéias de Augusto Comte quando abandona a busca de causas religiosas para centrar seu pensamento na busca empírica nos próprios fenômenos observáveis, propondo a “separação entre Igreja e Estado”. O ponto central de suas contribuições é a tentativa de separar a religião de aspectos racionais (Fernandes & Bicalho, 2016). Na seara jurídica, teve grande evolução nas idéias de Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz.

Em que pese a divergência própria da ideologia particular de cada autor positivista, é possível estabelecer um ponto comum entre as suas idéias. De um modo geral, a questão central em torno do Positivismo Jurídico gira em torno da segurança jurídica, enquanto o ponto relativo à justiça da aplicação de uma norma restringe-se ao aspecto de sua validade, sob o prisma formal (Fernandes & Bicalho, 2016), apresentando, portanto, juízo meramente subsuntivo. Em razão disso, abre-se muito espaço para juízos de discricionariedade, dentro da moldura

normativa. Desta forma, passa-se a entender o Direito como ciência hermeticamente fechada em que a lei, calcada no primado da soberania popular, torna-se dogma. Tal raciocínio é derivado justamente da mentalidade iluminista de limitação do Poder Absoluto através da vontade popular que nessa esteira é exercida por meio de representantes eleitos e corporificada através da lei.

Adaptando-se a mentalidade das ciências ônticas à realidade jurídica (e, portanto, deôntica), o Positivismo Jurídico chega à conclusão de que o Direito, enquanto ciência, estaria estruturado através de uma pirâmide normativa blindada às influências de outras ciências afins como a Moral, a Filosofia, a Sociologia e a Antropologia. Nessa toada, a validade de uma norma estaria unicamente atrelada à sua compatibilidade lógico-formal com outra norma superior. Dessa forma, haveria uma norma hipotética fundamental em que funcionaria como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (Kelsen, 2009). A partir disso, exclui-se qualquer questionamento material acerca da validade normativa já que o importante, para essa concepção, é a mera fundamentação lógica.

Além disso, segundo a mentalidade Positivista, não é reconhecida a natureza normativa relevante aos princípios. Ao revés, os mesmos apresentam natureza meramente supletiva ou interpretativa. São fontes normativas subsidiárias. Desta forma, há evidente prevalência das regras sobre os mesmos.

A aplicação dessas regras ocorreria através da lógica dedutiva. Segundo esta, as regras seriam consideradas as premissas maiores descrevendo situações de forma abstrata. Já os fatos jurídicos concretos seriam considerados premissas menores. Através de uma lógica silogística caso ocorresse faticamente a hipótese prevista de forma abstrata na regra jurídica, ter-se-ia a aplicação da consequência estampada na mesma. Desta forma, não há espaço para utilização de raciocínios valorativos acerca do conteúdo material da regra a ser aplicada, tão só juízo lógico-formal.

Por óbvio, ainda segundo a mentalidade Positivista, uma regra, enquanto única espécie normativa, somente poderia deixar de ser aplicada quando fosse o caso de previsão de uma cláusula de exceção (Alexy, 2011). Nesse caso, especificamente, ter-se-ia na própria regra a possibilidade de excepcionar a sua aplicação. Seguindo o raciocínio, caso não haja previsão de cláusula de exceção e eventualmente estabeleça-se o conflito entre regras, a sua aplicação está condicionada ao plano da validade. Portanto, tem-se a aplicação da regra

hierarquicamente superior ante à hierarquicamente inferior (critério hierárquico); da regra especial sobre a geral (critério de especialidade); e da regra mais nova perante a mais antiga (critério temporal).

Destaca-se que toda a lógica positivista é *a priori* bem estruturada, mormente através do discurso da segurança jurídica. No entanto, a legitimação normativa apenas no que tange à estrutura lógico-formal é bastante duvidosa. Tal entendimento é embasado pela noção de que a concepção do Direito como ciência hermeticamente fechada acaba por propiciar a propagação de injustiças. Torna-se evidente tal raciocínio na medida em que se tem a estruturação de regimes nazistas e fascistas e das barbáries cometidas através do crivo da estrita legalidade.

Desta forma, precisava-se ir além. Tornou-se óbvio que se necessitava da aproximação do Positivismo Jurídico com aspectos valorativos no que tange à garantia de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Conforme salienta Barroso (2010), a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente ao Positivismo Jurídico. Desta forma, a aproximação quase absoluta entre o Direito e norma e a sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade (Barroso, 2010).

Com a proposta de sanar tais óbices relativos à filosofia jurídica e à própria estruturação do arcabouço do Direito, emerge o Pós-Positivismo. Trata-se, na verdade, de um modelo através do qual se busca uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalista (Barroso, 2010). Desta forma, rompe-se com o postulado positivista de separação entre Direito, Moral, Filosofia e Sociologia para reconhecer como planos que possuem espaços de interseção e, portanto, de interdependência.

Segundo a proposta pós-positivista, primeiramente, tem-se a mudança do epicentro da ciência jurídica para a garantia de direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, torna-se reconhecido que toda a estruturação do ordenamento jurídico somente é legitimável a partir de tais valores. O objetivo-mor de toda construção jurídica deve pautar-se nessa concretização.

Além disso, passa-se a reconhecer natureza normativa aos princípios. Esta figura normativa que, até então, conforme já salientado, era vista como instrumento interpretativo e integrativo, passa a gozar do “status” de norma jurídica, ao lado das regras. Destaca-se, no entanto, que os princípios possuem estrutura

diferenciada em relação a estas, que se destacam por atuar através de uma lógica binária-formal, na forma “all or nothing” (Dworkin, 2002). Os princípios, diferentemente, são considerados mandados de otimização, uma vez que devem ser concretizados na maior forma possível, admitindo, portanto aplicação gradativa (Alexy, 2011). Além disso, possuem caráter mais abstrato, axiológico e destacável, já que apesar da necessidade de serem concretizadas na maior forma possível, os princípios podem ser afastados por razões fáticas e jurídicas antagônicas, sem que isso afete a sua validade.

A colisão de princípios também é tratada de forma diferentemente do conflito de regras. Na verdade, caso ocorra, aquela é resolvida através da dimensão peso, e não validade. Primeiramente verifica-se se há eventual possibilidade de concordância prática entre os princípios envolvidos, ou seja, aplicação de todos os mesmos. Caso não seja possível, tendo um dos mesmos que sofrer restrição parcial, deve-se passar para a aplicação da máxima da proporcionalidade (Alexy, 2011).

O emprego da máxima da proporcionalidade, segundo Alexy (2011), propõe que o conflito passe por três submáximas: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito. Na primeira, deve-se aferir um juízo de meio-fim, em que se busca analisar se o meio proposto é apto a atingir o fim proposto. No que tange à análise da necessidade, propõe-se analisar se o meio empregado é, diante todos os possíveis, o menos gravoso para atingir o fim proposto. Por último, a análise deve passar pela submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, que irá permitir ao órgão decisor que efetue o sopesamento dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação, a fim de identificar qual deles deve prevalecer no caso, a partir dos valores e fundamentos constitucionais. Esta análise, entretanto, deve ser conduzida por uma argumentação guiada por uma teoria jurídica capaz de conferir racionalidade à decisão.

Como salienta Barroso (2010) o fenômeno do Pós-Positivismo acaba por gerar repercussões em todo o âmbito da seara jurídica. Pode-se dizer inclusive, que atrelado a essa mudança paradigmática emerge evidente alteração teórica em diversos ramos do Direito. Lammego Bulos (2014) traz referência expressa a esse fenômeno chamado de constitucionalização do direito através do neoconstitucionalismo. Segundo Barroso (2010), tornam-se evidentes três quebras paradigmáticas: (i) A força normativa da Constituição, (ii) a expansão da jurisdição

constitucional e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

A partir da noção de força normativa da Constituição (Hesse, 1991), tem-se a superação do modelo que vigorou até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como carta política ou mero reflexo dos fatores reais de poder (Lassale, 2008). Não era reconhecido caráter vinculante ao seu texto. Porém a partir da evolução jurídica, muito influenciada pelas idéias de Hesse (1991), passou-se a entender que as normas constitucionais soam dotadas de imperatividade, como as demais normas jurídicas, e, portanto, há de deflagrar os mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado.

Em se tratando da expansão da jurisdição constitucional deve-se destacar que o modelo presente até 1945 baseava-se em duas teorias: a doutrina inglesa da soberania do Parlamento e na concepção francesa da lei como expressão da vontade geral (Barroso 2010). Mas, no final da década de 40, ganha força a doutrina estadunidense referente à supremacia da Constituição. Desta forma, corrobora-se com o postulado pós-positivista de tutela de direitos fundamentais já que os mesmos ficam imunizados contra ação eventualmente danosa do processo político majoritário.

Como último ponto importante relativo à evolução neoconstitucionalista do Direito, tem-se a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. Como pode parecer óbvio, as repercussões decorrentes do Pós-Positivismo na jurisdição constitucional são enormes, a ponto de necessitar-se de novas perspectivas interpretativas constitucionais, além das presentes na época¹. Dessa forma, torna-se evidente o fenômeno através de dupla perspectiva. Através de uma ótica interna, surgem diversas novas teorias acerca da interpretação constitucional como a interpretação constitucional decorrente de uma sociedade aberta de intérpretes (Haberle, 1997) ou as decorrentes da concepções pluralistas como de Gustavo Zagrebelsky (2011). Sob o aspecto externo, pode-se dizer que a importância deflagrada aos direitos fundamentais e à força normativa da constituição acaba por determinar importante vinculação dos outros ramos do direito ao texto constitucional, mormente com a proteção dos direitos fundamentais. Exemplo disso é

¹ Importante estudo acerca das modalidades interpretativas constitucionais, mormente acerca da perspectiva dos direitos fundamentais estão presente no livro de Bockenforde (1993).

fortelecimento/surgimento de escolas como o Garantismo Penal (Ferrajoli, 2010) e do Direito Civil-Constitucional (Pierlingieri, 2007).

Em suma, pode-se dizer, na esteira de Lammêgo Bulos (2014) que em que pese a multiplicidade de significados² que se extraem do termo neoconstitucionalismo, pode-se dizer, para fins desse trabalho, que o mesmo corresponde ao constitucionalismo moderno, ou seja, ao reflexos no Pós-Positivismo à seara constitucional.

Especificamente no que tange às influências decorrentes do processo de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, torna-se relevante, para este trabalho, a abordagem relativa à seara do civilística. Como é sabido, a construção do Direito esteve, durante muito tempo, calcada na dicotomia público-privado; porém encontra-se atualmente superada na realidade brasileira. Desde o Direito Romano, há raízes para essa divisão. O Direito Público era o Estado do Direito Romano, o Direito Privado era a disciplina dos cidadãos, critério utilitário que o Digesto e as Institutas assentaram como elemento diferenciador (Pereira, 2012). Ocorre que, com o passar do tempo, os diversos critérios passaram a se tornar obsoletos para a diferenciação dos ramos. Com a evolução do prisma social surgem dois fenômenos de grande importância: a publicização do direito privado e a privatização do direito público. A primeira destaca-se pelo crescente processo de intervenção estatal, mormente na esfera legislativa, decorrente da emergência do Estado Social de Direito, no Século XX. Desta forma, em uma busca por isonomia material e não meramente igualdade formal, há redução da autonomia privada em pro da tutela de direito dos mais fracos (Lôbo, 1999). Em se tratando da privatização do Direito Público, a mesma deve ser entendida pela utilização de mecanismos de Direito Privado nas relações entre indivíduo-Estado. Desta forma, o Estado atua horizontalmente em relação ao indivíduo, não possuindo prerrogativas especiais decorrente da sua posição ontológica de “*ius imperii*” (Estorninho, 2009). Através desses acontecimentos cada vez percebe-se a artificialidade bipartição entre os dois ramos da seara jurídica³.

² Para uma análise mais profunda do fenômeno do neoconstitucionalismo recomenda-se a leitura de Lammêgo Bulos (2015, pp. 76 e ss.).

³ A artificialidade da distinção está calcada basicamente na ideia de uma separação clássica, ou seja, através de um conceito lógico-formal. Por óbvio, pode-se claramente pensar nessa distinção através da utilização de lógicas nebulosas (*fuzzy logic*).

Atrelado a isso, conforme apontado, ganha destaque o processo de constitucionalização dos ramos do Direito, e em especial, para fins desse estudo, do Direito Civil. Há muito a Constituição estava atrelada ao epicentro do Direito Público como o centro de gravitação das demais normas referentes a esse ramo. Em se tratando da seara privada, ocupava esta posição o Código Civil, chegando a ser chamado por alguns, como a Constituição do Homem Comum (Pereira, 2012). Ocorre que, conforme aponta Tepedino (2005), nos últimos anos ganha relevância a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual.

Nas palavras de Mario Delgado (2011, pp. 238), no Brasil, a partir da Constituição de 1934, em razão da influência da Constituição de Weimar, tem o deslocamento para o plano constitucional de princípios gerais atinentes às instituições privadas⁴. Nesse diapasão, pode-se dizer que além do deslocamento dessas normas historicamente reconhecidas como civilistas para o texto constitucional, repercute o fenômeno do neoconstitucionalismo, condicionando a interpretação de todo o ordenamento jurídico à Constituição e à sua força normativa. Desta forma, conforme salienta Judith Martins-Costa (2003) o modelo de incomunicabilidade em que a Constituição e o Código Civil andavam paralelos como mundos que não se tocam senão no aspecto formal, encontra-se superado. Há que se salientar, no entanto, que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) caminha justamente nesse sentido em razão do seu texto dirigente.

Esse intercâmbio do Direito Civil com a Constituição é ressaltado nas palavras de Tepedino (2005, p. 229):

tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz da Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores do sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.

Conforme Perlingieri (2007, p. 11), a aplicação de norma constitucional sobre as relações de direito civil deve ser direta, independentemente de *fattispecie*. Tal interpretação é decorrência da própria relação hierárquica entre a norma

⁴ O fenômeno da nova abordagem dos textos constitucionais acerca das relações privadas é bem trazido por Tepedino (1992). Segundo o autor, “a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor do Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamados estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil.”

constitucional e a ordinária, na medida em que a norma constitucional é razão primária justificadora da normativa ordinária aplicável a qualquer caso concreto.

Por último, ainda no que se refere à mudança paradigmática observada nos últimos anos, tem-se o traslado da dignidade da pessoa humana para o epicentro do ordenamento jurídico (Barroso, 2010, pp. 250). Tal mudança paradigmática repercute na seara civilista através do fenômeno da “repersonalização” do Direito Privado, através de uma concepção antropocêntrica (Delgado, 2011, pp. 242). Desta forma, rompe-se com a lógica meramente patrimonialista da codificação oitocentista inspiradas pelo Código Napoleônico de 1804, e recoloca-se o ser humano e os valores existenciais no vértice do ordenamento jurídico. Justamente por isso, tem-se reforçada a concepção de um patrimônio personalíssimo e reconhecimento e tutela dos direitos da personalidade de forma diferenciada. No que tange ao reconhecimento destes direitos o tema será pormenorizadamente abordado em capítulo específico.

2 AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Antes de se adentrar à problemática envolvendo as possíveis conseqüências da biografia não autorizadas nas esferas individuais (mormente direitos fundamentais e direitos de personalidade), deve-se fazer uma abordagem reflexiva acerca do conceito e limites das biografias não autorizadas.

Conforme salienta Mary Sarah Bilder (1991), o tema das biografias tem origens remotas e está relacionado à própria percepção histórica de um povo e sua cultura em determinado recorte temporal. Desta forma, pode-se dizer que no período clássico, surgiram as chamadas biografias heróicas, que se caracterizavam pelas histórias heróicas contadas por autores que, no mais das vezes, conheciam pessoalmente o biografado. Destaca-se que os biografados, nessa época eram quase sempre homens.

Evolutivamente, ainda, já em um período moderno pode-se dizer que as biografias também alteraram a sua forma de abordagem. O que inicialmente era calcado em experiências conhecidas por relações pessoais e em feitos heróicos passou a ganhar reflexos decorrentes desde críticas a forma de enaltecimento dos mortos à abordagens através de perspectivas subjetivas decorrentes da psicanálise (Bilder, 1991).

Interessante é a abordagem de Vilas Boas (2002) acerca do tema. Segundo o autor, definem-se as biografias como “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”.

Além do plano estritamente recreativo e inspirador decorrente da análise e interpretação das biografias não autorizadas, urge a consideração do tema através de uma perspectiva científica. Desta forma, pode-se dizer, inclusive, que são evidentes os benefícios decorrentes da análise biográfica ao avanço da ciência e da História. Nesse diapasão, urge ressaltar, por exemplo, a relevância das biografias de Dom Pedro para a compreensão da história nacional ou os relatos de Platão acerca do seu mestre Sócrates para compreensão de suas idéias.

Apesar da importância das biografias para as interpretação e construção histórica, cultural e social, as mesmas também acabam por gerar uma série de transtornos jurídicos. Um grande ponto inclusive já amplamente debatido pela doutrina estadunidense refere-se aos direitos autorais decorrentes do relato biográfico, no que tange aos elementos subjetivos do autor agregados à análise do caso. Segundo a doutrina norte-americana, urge a distinção entre “fact” e “expression”; os primeiros seriam elementos objetivos, decorrentes de informações anteriores e independentes de interpretação. Já os segundos decorrem de análise subjetiva do biógrafo. Sobre o que for considerado “fact”, portanto, não incidiriam direitos autorais; todavia, em se tratando da “expression”, haveria a incidência dos mesmos (BILDER, 1991).

A partir dessa caracterização, torna-se evidente o reconhecimento de certo aspecto autoral e, portanto, subjetivo, em sede de produção biográfica. Trata-se, na verdade, de interpretação necessária ao relato dos fatos. Uma vez, portanto, reconhecida a existência do papel subjetivo na criação biográfica, torna-se crucial a reprodução da perspectiva de Graciano Ramos, trazida pela Academia Brasileira de Letras, em sede de Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal. Segundo este, mesmo que haja a busca da verdade e não da mentira, pode haver várias versões igualmente válidas e diversas sobre o mesmo fato relatado. São admitidos, portanto, pontos de vistas diferentes.

Nesse diapasão, a análise factual não é abordada através de perspectiva meramente objetiva. Ao revés, a abordagem dos fatos depende, muita das vezes, da

perspectiva do autor. A partir disso, podem ofender, ainda mais, interesses constitucionais.

No que tange à possibilidade dessas ofensas, urge destacar um segundo ponto relativo, agora sim, ao objeto de enfrentamento do presente trabalho. Quando se fala de biografias, deve-se pensar, primeiramente, através lente hermenêutica constitucional, mormente através do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Desta forma, não há como desconsiderar que a elaboração das biografias é decorrência de várias liberdades derivadas do plano constitucional (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade filosófica, etc.). No entanto, essas mesmas liberdades podem eventualmente colidir com direitos decorrentes da personalidade dos biografados e de terceiros. Esse conflito emerge de forma mais imponente quando se trata das biografias não autorizadas e da sua repercussão nas esferas individuais. Não raro, surgem casos concretos envolvendo colisões entre as referidas liberdades e direitos como o de imagem, a honra e a privacidade.

A grande questão, portanto, a ser enfrentada em sede desse trabalho refere-se à lesividade das biografias não autorizadas aos direitos fundamentais e da personalidade do biografado e de terceiros. Desta forma, deve-se afunilar o estudo em questão nesse ponto específico para obter-se informações acerca das liberdades em questão e dos direitos eventualmente lesados pelas mesmas.

3.1 Biografias não autorizadas como uma teoria dos fatos

O relato biográfico é a exposição dos fatos relacionados à vida de uma ou mais pessoas. Pode-se dizer mais, que as biografias nada mais são do que a condensação da exposição desses fatos. Será através delas que determinados fatos poderão ser expostos, utilizando-se como fio heurístico a vida de determinado indivíduo.

Desta forma, não há como adentrar-se pormenorizadamente na teoria das biografias sem debruçar-se sobre o estatuto dos fatos.

A questão dos fatos é demasiado abordada nas ciências naturais e sociais, porém de maneira diversa. Embora haja escolas como a neo-empirista que buscam estabelecer sinonímia entre fato e fato jurídico, destaca-se que não esta não parece ser a melhor solução. Diferentemente do que ocorre com as leis físico-

matemáticas que buscam retratar de maneira neutra e objetiva a realidade, as leis jurídicas buscam sempre os fatos (Reale, 2011). Conforme observa Miguel Reale (2011, p. 200):

Quando falamos, todavia em fato jurídico, não nos referimos ao fato como algo anterior ou exterior ao Direito, e de que o Direito se origine, mas sim a um fato juridicamente qualificado, um evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas conseqüências, configurando-o e tipificando-o objetivamente. Nada mais errôneo, por conseguinte, do que confundir fato com fato jurídico.

Desta forma, fenomenologicamente falando, não serão todos os fatos que irão angariar o status de fato jurídico. Há questões que não possuem basicamente nenhuma relevância no aspecto jurídico⁵. Exemplos ajudam a aclarar a questão: um raio que cai em alto-mar e não afeta qualquer embarcação ou sujeito de direito não poderá ser considerado fato-jurídico na medida em que não possui agregado ao mesmo a atribuição de relevância jurídica. O fato em que uma estrela qualquer que é engolida por um buraco negro no espaço não possui qualquer relevância jurídica e, portanto, não pode ser considerado também um fato jurídico.

A partir do que foi explicado, ressalta-se a qualificação de Reale (2011) acerca de fatos jurídicos como “todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”.

Desta forma, em suma, pode-se dizer que quando os fatos ganham relevância jurídica, recebem o “status” de fatos jurídicos. Estes podem ser definidos, segundo Betti (2008), como:

Aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas. O esquema lógico do fato jurídico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma situação preexistente (inicial) e a transforma numa situação nova (final), de modo a constituir, a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos ou qualificações e posições jurídicas.

Destaca-se que a descrição dada remonta à perspectiva positivista da época, mormente quando o autor, páginas adiante, submete a natureza dinâmica de transformação dos fatos jurídicos à questão ao conceito de *fatispécie*. Nessa esteira, torna-se evidente a vinculação à ficção antromórfica da vontade do legislador e ao

⁵ Para Perlingieri (2007, p. 90) há outra perspectiva sendo encarada. Segundo o autor o fato concreto é sempre juridicamente relevante. Portanto, mesmo aquele fato aparentemente indiferente para o direito, tem sempre o aspecto de juridicidade. Não existiria, para o autor, fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento.

conceito de regras, enquanto molduras normativas fechadas. No entanto, agregando-se à contribuição de Betti uma visão pós-positivista, pode-se romper com a questão da *fatispécie* e adotar um conceito condizente com a previsão normativa tanto sob o viés principiológico quanto das regras. Desta forma, ganha relevância para o estudo dos fatos tão só a relevância jurídica.

Portanto, pode-se, a partir do exposto, estabelecer-se a primeira premissa no sentido de que o elemento caracterizador da biografia são os fatos relatados. Tais fatos dizem respeito, obviamente, à vida de determinado sujeito. O grande ponto, no entanto, é que esses fatos têm que ser dotados de relevância jurídica ou, pelo menos, o ato de expô-los não pode ser considerado como um ato jurídico ilícito⁶.

Desta forma, entende-se que, envolto no relato de cada fato biográfico, há uma série de direitos e interesses conflitantes. A grande questão, no entanto, é saber quando, através do conflito principiológico em questão poder-se-á concluir pela juridicidade da exposição do mesmo. Nos próximos capítulos, expor-se-ão os principais direitos e interesses envolvidos para que ao final, possam ser estabelecidos alguns *standards* capazes direcionar a resolução dos conflitos em questão.

3 A LIBERDADE E AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

O primeiro ponto a ser abordado quando se traz à tona o tema relativo às biografias não autorizadas refere-se às liberdades. O poder de relatar e expor ao público refere-se basicamente ao princípio da liberdade. Tal princípio pode ser considerado dos mais complexos dentro da seara jurídica em razão das suas infindáveis facetas.

Em razão justamente da demasiada complexidade do princípio em questão, esse trabalho deve-se ocupar somente com a investigação de alguns de seus feixes. Somente algumas dimensões do princípio em questão são relativas à análise das biografias não autorizadas.

Conforme aponta Farias (2001), o primeiro problema no que tange à definição de liberdade de expressão e de comunicação refere-se à sua conceituação. Têm sido usados vários termos na doutrina e jurisprudência para

⁶ Para Perlingieri (2007, p.92) pode-se conceituar o fato ilícito como a conduta dolosa ou culposa que cause dano injusto

relatar a difusão de pensamentos e idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias como liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de imprensa, liberdade de informação jornalística, etc. Em razão disso, corrobora-se para majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre a abordagem do assunto.

Desta forma (para não se desviar do enfoque precípuo desse trabalho que é justamente a análise instrumental dessas liberdades pelo viés das biografias não autorizadas), opta-se por adotar a definição proposta por Farias (2001, pp. 44) para utilizar-se o termo *liberdade de expressão e comunicação* para representar o conjunto de direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão de idéias e notícias. Nas palavras do autor (2001, pp. 45):

Assim, com a locução liberdade de expressão e comunicação pretende-se aqui aludir a um direito fundamental de dimensão subjetiva (garantia da autonomia pessoal) e institucional (garantia da formação da opinião pública, da participação ativa de todos no debate público, do pluralismo político e do bom funcionamento da democracia) assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação).

Destacam-se, ainda, nessa linha, que a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação são termos que não se confundem, pelo menos em plano abstrato, embora muitas das vezes estejam concorrentemente presentes em casos concretos. A liberdade de expressão tem por objetivo a manifestação de pensamentos, opiniões e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objetivo a liberdade de difusão de fatos e notícias. Portanto, a primeira apresenta maior cunho subjetivo e a segunda, caráter objetivo e necessidade de correspondência com a verdade.

Conforme salienta Sarmiento (2007) a história brasileira recentemente apresentou grave violação a esses direitos. No tempo da ditadura militar, a censura recaía quase sempre sobre as manifestações consideradas perigosas pelo governo. Tratava-se de época em que o Estado controlava demasiadamente o exercício desses direitos e isso acabava por implicar sérias violações ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Justamente por isso, a Constituição de 1988 protegeu enfaticamente as liberdades de comunicação. Fortaleceu-se, nesse prisma,

o papel do Poder Judiciário, através da independência, para fazer garantir esse direito.

A proteção da liberdade de expressão e de informação é destacável através de inúmeros vieses (Farias, 2001, pp. 55). O primeiro deles refere-se justamente à perspectiva subjetiva ou individual, já destacada aqui. Através da garantia dessas liberdades resguarda-se o próprio conceito de dignidade da pessoa humana e a proteção ao livre desenvolvimento de sua personalidade, assim como os demais direitos fundamentais, e em razão disso deve ser levada a sério (Dworkin, 2002). Mas não é só. Tem-se uma segunda perspectiva através da qual se torna imprescindível à tutela do direito à liberdade de expressão e de informação. Trata-se de um viés objetivo através do qual se defende que a liberdade de expressão ganha relevo na medida em que propicia a participação dos cidadãos no debate e na vida pública. Através dessa reconhece-se que a garantia dessas liberdades são indispensáveis à participação dos cidadãos no debate público e na vida política.

Através dessa segunda perspectiva, pode-se reconhecer um direito de caráter negativo relacionado às liberdades de expressão e de informação. O seu papel democrático acaba por reconhecer uma função informativa, na medida em que quanto mais informados estiverem os cidadãos acerca de assuntos de relevância pública, mais preparados estarão para levarem a cabo decisões inteligentes, uma vez que compete à soberania popular efetivar decisões fundamentais em regimes democráticos. Além disso, acaba por garantir certa função crítica, na medida em que assegura aos cidadãos a faculdade de julgar as decisões e a forma que está sendo conduzido o poder público.

Portanto, ciente da importância tutela desses direitos, o constituinte originário previu expressamente na Constituição de 1988, mecanismos de tutela dos mesmos. Além da previsão genérica presente no *caput* do artigo 5º, a tutela encontra-se esmiuçada nos incisos IV e IX. Veja-se:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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;

Há, ainda, no artigo 220 do texto constitucional outra previsão relativa à proteção desse direito.

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 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

No que tange à abordagem jurisprudencial acerca do tema, o STF tem dado especial atenção à garantia da liberdade de expressão e comunicação. Conforme pode perceber-se através de alguns dos julgados dessa corte, tem-se entendido que essas garantias são essenciais à manutenção do Estado Democrático e ao pluralismo, ostentando, inclusive, de posição de preferencial⁷.

Destaca-se, no entanto, conforme a teoria do Pós-Positivismo, não há que se falar em direitos absolutos. Ao revés, a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, deve ser concreta mediante o emprego do postulado da proporcionalidade. Desta forma, embora as liberdades de expressão e comunicação sejam pontos de extrema importância no Estado Democrático de Direito, eventualmente elas entrarão em conflito com outros valores de igual importância. Não raro, são observados casos como estes e, no que tange às biografias não autorizadas, torna-se comum à colisão desses direitos com interesses relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.

Portanto, impende-se debruçar-se sobre a potencialidade lesiva das biografias não autorizadas. Esse ponto será mais bem detalhado no próximo capítulo, de forma que se estabeleçam as principais possíveis ofensas no que tange às biografias não autorizadas.

4. DA OFENSA DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS A DIREITOS

A principal polêmica envolvendo biografias não autorizadas refere-se à sua suposta ofensa aos direitos dos biografados e de terceiros. Não são raros os casos trazidos ao Judiciário em que se alegam excessos por parte do autor das

⁷ Essa posição é corroborada pelo STF nas ADPFs nº 130 e nº 187.

biografias. A partir disso, surge determinada corrente de indivíduos defendendo a possibilidade de condicionar a exposição de biografias à autorização do biografado.

Essa corrente utiliza como principal argumento a ofensa ao artigo 5º X, da Constituição (BRASIL, 1988) e os artigos 20 e 21 da lei número 10.406 (BRASIL, 2002);

Art. 5º. (...)

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;

(...)

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.

(...)

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.

Através dessa perspectiva, defende-se que o fato de expor-se a vida de um indivíduo através de uma biografia não autorizada acaba por ofender a privacidade, a imagem, o nome e a honra do biografado, direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Exemplo clássico referente ao tema e exposto pela grande mídia refere-se à biografia do cantor Roberto Carlos. No ano de 2007, o cantor entrou com uma ação judicial para proibir a divulgação da biografia sobre ele escrita pelo biógrafo Paulo César Araújo e intitulada de “Roberto Carlos em Detalhes”. Neste caso, alegou-se violação ao direito de privacidade e, tal argumento foi suficiente para que a obra fosse recolhida, embora já houvessem sido vendidos mais de 30 mil exemplares⁸.

Outro exemplo igualmente emblemático refere-se ao caso da biografia do ex-jogador de futebol, Garrincha, morto em 1983. As filhas do atleta processaram a editora responsável pela elaboração da obra “Estrela Solitária” alegando que o biógrafo Ruy Castro, traz a público, de modo chulo as particularidades físicas da genitália de Garrincha. Este caso chegou ao STJ que decidiu pela condenação da

⁸Para maior detalhamento e exemplos sobre casos polêmicos conferir
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150609_biografias_polemicas_lgb> . Acesso em 15/07/2016

editora no pagamento de 100 salários mínimos para cada herdeira de Garrincha, por danos morais, com juros moratórios de 6% ao ano desde a data do lançamento do livro e por danos materiais de 5% sobre o total de vendas do livro, com juros de 6% ao ano, contados a partir da citação das partes do processo⁹.

Mas, deve-se destacar que a biografia não autorizada pode ser ofensiva não somente à vida do biografado, mas também aos direitos de terceiros. Conforme já dito, a biografia se refere à exposição de fatos, porém com a peculiaridade de possuir como fio heurístico a vida do biografado. No entanto, esses fatos, na maioria das vezes, relatam situações referentes a terceiros, estranhos à pessoa do biografado.

Mais uma vez, exemplos ajudam a clarificar a situação. O livro de Fernando Morais, *O Mago*, intitula-se biografia do escritor Paulo Coelho. No entanto, em uma das passagens da obra, Coelho acusa Celso Lafer (ex-ministro das relações Exteriores) de pedir votos para a eleição de Helio Jaguaribe para ABL (Academia Brasileira de Letras) em troca de viagens, convites e medalhas. Nessa toada, Lafer processou a editora, que foi obrigada a desembolsar R\$ 50.000,00 por dano à sua imagem.

Torna-se evidente a possibilidade lesiva das biografias não autorizadas. Os exemplos trazidos ajudam a vislumbrar tal possibilidade. Por outro lado, conforme já demonstrado em momento oportuno, o direito de biografias refere-se à própria noção de liberdade em múltiplas facetas. Não raro, portanto, surgirá o conflito de direitos por parte do biógrafo e do biografado, além da necessidade de proteção de interesses de terceiros.

Portanto, o tema em questão necessita, em razão da complexidade, de análise apurada. Para tanto, deve-se passar para a conceituação pormenorizada dos direitos envolvidos.

5.1 Direitos da personalidade e direitos fundamentais

Primeiramente, antes de adentrar a polêmica acerca das possíveis ofensas a direitos causadas pelas biografias não autorizadas, cabe, para fins de

⁹ Para maior detalhamento e exemplos sobre casos polêmicos conferir <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150609_biografias_polemicas_lgb> . Acesso em 15/07/2016

refinamento teórico, diferenciar dois institutos base para o enfrentamento das questões objeto dessas pesquisas: os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Conforme já dito, as biografias não autorizadas podem ofender diversos tipos de direitos. Portanto, tornam-se necessárias as observações a seguir.

Em se tratando dos direitos de personalidade, pode-se dizer que possuem gênese diferenciada. Segundo aponta Diogo Leite de Campos (1991), a invenção dos mesmos foi decorrência do cristianismo através da ideia de que o homem é criação divina e feito, portanto, à imagem e semelhança de Deus. Desta forma, destaca-se também a noção de igualdade entre os seres humanos, através da interpretação de que Deus não quis que a criatura, dotada de razão e feita à sua imagem e semelhança, exerça o seu domínio sobre outras criaturas, para além das que são desprovidas de razão. Não situou o homem acima do homem.

Desta forma, foram criados, a partir da noção da dignidade do ser humano, uma série de direitos que seriam garantidos aos indivíduos pela sua própria natureza humana. Por óbvio, surgiram inúmeras teorias com o avanço dos tempos para definir os reais contornos dessa nova categoria.

Pode-se dizer que as variantes destacam desde os negativistas da Escola Histórica que relegavam ao absurdo jurídico o fato de o indivíduo ocupar tanto a posição de objeto quanto de sujeito na relação jurídica¹⁰, até o confronto entre pluralistas e negativistas¹¹. Todas estas contribuíram de fato para o desenvolvimento para o Estado da Arte desses direitos.

No entanto, uma vez estruturada a categoria dos direitos de personalidade, pode-se estabelecer a caracterização dos mesmos a partir dos ensinamentos de Pereira (2012), que os reconhece como categoria a par dos direitos econômicos. Segundo o autor, trata-se de direitos atinentes à própria natureza humana, ocupando a posição supraestatal, atreladas à sua condição de indivíduo e pessoa. Estão presentes nos artigos 11 a 22 da lei número 10.406 (BRASIL, 2002) e também podem ser abstraídos diretamente do artigo 1º, III, da Constituição (BRASIL, 1988), ou seja, da cláusula de proteção da dignidade da

¹⁰ Estes foram importantes para o desenvolvimento da teoria da pessoa. Graças às suas críticas foi possível desenvolver a ideia substancial e formal de sujeito.

¹¹ O conflito em pluralistas e negativistas foi importante na medida em que propiciou a dialética acerca da estrutura dos direitos da personalidade. Foi através desse confronto que situaram-se as bases para a definição do instituto.

pessoa humana (Moraes, 2003). Estão relacionados, portanto, originariamente à esfera privada e, desta forma, as relações entre particulares.

Em suma, pode-se dizer que a categoria dos direitos da personalidade foi desenvolvida pelo direito cristão está relacionada à proteção do indivíduo concebido à imagem e semelhança de Deus e no princípio da igualdade entre os homens. Em razão da própria natureza ontológica do ser, garantem-se direitos inatos à sua pessoa protegendo-o dos demais indivíduos no que tange às relações privadas. Desta forma, surgem os direitos ao nome, à imagem, à privacidade, à honra, ao corpo, etc. nas relações privadas.

Já direitos fundamentais são estruturas mais complexas do ordenamento jurídico. Não há como se falar dos mesmos sem se recorrer a um mínimo de historicidade já que eles são fruto de várias conquistas angariadas no decorrer dos tempos e, em razão disso, caracterizam-se pela própria noção de relatividade. O cristianismo também possui papel interessante no que tange à gênese dos direitos fundamentais, mormente no que se refere à sua idealização relativa à noção de dignidade e, portanto de criação à imagem e semelhança de Deus (Coelho, 2008, p. 233). No entanto, o grande desenvolvimento dessa categoria se deu nos séculos XVII e XVIII, quando os contratualistas vêm a enfatizar a primazia que se atribui ao indivíduo perante o Estado. Essas ideias tiveram acolhimento em inúmeros diplomas como a Declaração de Virgínia de 1776 e na Declaração Francesa, 1789. Desta forma, cabe destacar a precisão de Inocência Mártires Coelho (2008):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre o Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e posteriormente, deveres perante o Estado, e os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Destarte, pode-se perceber que nesse primeiro momento, os direitos fundamentais, diferentemente do que ocorre com os direitos da personalidade, são ontologicamente afetos à relação indivíduo-Estado e não indivíduo-indivíduo. Justamente por isso, pode-se considerar que, segundo essa ideia, seria inconcebível pensar-se no emprego de direitos fundamentais em relações privadas.

No entanto, conforme já destacado em momento oportuno deste trabalho, há muito vem sendo questionada a artificialidade da separação entre as esferas privada e pública. Por óbvio, os limites entre o público e o privado não são tão

definidos como se buscou demonstrar outrora. A Constituição não é mais vista simplesmente como uma carta meramente política ou como núcleo do Direito Público. De fato, durante muito tempo o Código Civil foi considerado a “constituição do homem comum”, sendo verdadeiro núcleo do Direito Privado e, não apresentando, de imediato, qualquer relação com o texto constitucional. Mas, destaca-se que com o fenômeno do direito civil-constitucional, essa realidade não pôde mais prosperar e, mais ainda, a atenuação da linha divisória entre as esferas público e privada passou a ser questionada. No que tange a essa discussão e a relação da mesma com o propósito deste trabalho, dois pontos merecem ser considerados: (i) o reconhecimento de direitos da personalidade derivados diretamente do texto constitucional e (ii) o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No que tange à primeira das conseqüências, conforme aduz Tepedino, Barboza e Moraes (2011, p. 32), inicialmente, os direitos da personalidade foram rechaçados pelos negativistas como Savigny e Jellinek em razão da objeção lógica de que a pessoa ocuparia posição de sujeito de direito e de objeto da relação jurídica. Entretanto, essa objeção foi afastada pela doutrina com a divisão entre pessoa em sentido formal (capaz de ocupar a posição de sujeito de direito) e em sentido material (como ente dotado de dignidade). Posteriormente, reconhecida a juridicidade dos direitos da personalidade, passou-se para o confronto entre pluralistas e monistas. Neste embate, os primeiros defendiam a existência de múltiplos direitos da personalidade, enquanto os monistas sustentavam a existência de um único direito de personalidade originário e geral. No entanto, mais uma vez, o confronto pareceu-se obsoleto, já que ambas as correntes tentavam legitimar a natureza dos direitos de personalidade baseando-se na estrutura dos direitos patrimoniais. Desta forma, para ambas as correntes, os direitos da personalidade seriam considerados *numerus clausus* baseado nas categorias expressamente previstas no do Código Civil. Tal perspectiva, por óbvio, acabava por tornar-se insustentável em razão da pequena previsão normativa do código de 2002. Em razão disso, passou-se a reconhecer através de uma perspectiva do direito civil-constitucional, direitos da personalidade derivados da cláusula geral de tutela da pessoa, dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 (Bodin, 2003).

A segunda conseqüência do rompimento do muro segregador dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade tem origem na jurisprudência alemã, em 1958, no chamado caso Lüth. Neste caso, famoso cineasta alemão chamado Veit Harlan que ficou conhecido durante o regime nazista pela elaboração de propagandas antissemitas, foi boicotado na Semana de Filme Alemão de 1950 por Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo. Lüth dirigiu-se, em palestra, a empresários e produtores cinematográficos, convocando-os a boicotar o realizador do filme *Unsterbliche Geliebte*, de Veit Harlan. Em razão deste feito, duas companhias de cinema moveram processo contra Lüth, com base na lei alemã de difamação. Em decisão, o tribunal de *Landgericht Hamburg* ordenou que Lüth suspendesse a campanha de incentivo à não distribuição do filme, sob pena de pagamento de fiança ou de ser preso. Inconformado com o teor da decisão, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão que reconheceu pela aplicabilidade dos direitos fundamentais, em especial, da liberdade de expressão nas relações privadas reconhecendo ao recorrente este direito.

Em razão da repercussão que teve essa decisão, muitos autores passaram a se debruçar sobre a análise do tema da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em especial, importante estudo sobre o tema remonta a Claus-Wilhelm Canaris (2009) em que se analisa pormenorizadamente esse novo evento. Analisando a repercussão da constitucionalização do Direito, Canaris entende que em razão da própria hierarquia normativa constitucional deve-se concluir pela aplicabilidade das normas de direitos fundamentais também às relações privadas. Em que pese as críticas relativas à suposta supressão da autonomia privada e a diferença estrutural da relação indivíduo-indivíduo para a relação indivíduo-Estado (originárias do direito público), não se pode ferir a noção de hierarquia das normativas e, mormente, não se pode permitir que as leis infraconstitucionais funcionem como espécie de bitolas impedindo a irradiação da eficácia constitucional.

No Brasil, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é reconhecida pela jurisprudência desde o caso da União Brasileira de Compositores, no recurso extraordinário 201.809 (BRASIL, 2006).

Neste caso, especificamente, a União Brasileira de Compositores – UBC interpôs recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reintegrou sócio que fora excluído da associação por não ter sido

a ele conferido o direito de ampla defesa no procedimento que resultou em sua exclusão. A recorrente alegou que o princípio constitucional da ampla defesa não é aplicável ao caso, por tratar-se de entidade de direito privado e não de órgão da administração pública.

No entanto, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas poderes públicos, pois também estão direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Dessa maneira, ficou consignado que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Sendo assim, o espaço de autonomia privada conferido às associações está limitado pela observância aos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição.

Nessa esteira, entendeu-se que a exclusão de associado sem a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio, vez que fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. Vencida a tese de que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Segundo esse entendimento, a controvérsia sobre a exclusão do sócio resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, não havendo que se falar em incidência do princípio constitucional da ampla defesa.

Destaca-se, assim, que a Segunda Turma do Tribunal, por maioria de votos, negou provimento ao recurso extraordinário¹².

Desta forma, uma vez reconhecida a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas e a possibilidade de utilização de uma cláusula geral de tutela da personalidade, calcada no texto constitucional em seu art. 1º, III, (BRASIL, 1988), entende-se que, muitas das vezes, pode-se haver confusão entre os institutos. Os direitos fundamentais que somente eram aplicados às relações entre indivíduo-Estado, passam a estar presentes também nas relações entre particulares. Por óbvio, o conceito de direitos fundamentais, conforme Joyceane Menezes e

¹² Para maiores detalhes acerca do caso, consultar o teor completo da decisão em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>> . Acesso em 15/07/2016.

Camila Gonçalves (2012) mantém-se mais amplo do que o de direito de personalidade, abarcando, por exemplo, direitos difusos e coletivos. No entanto, a partir do momento em que o conceito de direitos fundamentais passou a convergir para a preocupação da tutela com a pessoa humana e admitiu-se a sua eficácia horizontal, tornou-se muito difícil (para não dizer impossível) entender-se por uma teoria dos direitos fundamentais que não englobe também o conceito de direitos de personalidade. Seria, inclusive, defensável uma categoria que englobasse essas duas modalidades de direito. Por outro lado, poder-se-ia pensar que com essa convergência teórica e quebra dos muros divisores das searas privada e pública seria defensável que os direitos da personalidade estivessem contidos no conceito de direitos fundamentais em sentido amplo. De qualquer forma, devem-se ressaltar as palavras de Joyceane Menezes e Camila Gonçalves (2012), acerca do movimento relatado:

Daí já se pode extrair o ponto que aproxima esses direitos: com o amadurecimento dos direitos fundamentais e humanos destinados à promoção do homem, os direitos de personalidade vieram para, também na ordem privada, edificar muros para salvaguarda da pessoa. É de fácil observação a zona de coincidência entre as três categorias: a busca incessante pela garantia da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, pelos direitos humanos, depois por meio dos direitos fundamentais até culminar nos direitos de personalidade, numa evolução conturbada, com avanços e retrocessos, mas com o objetivo comum de zelar pela pessoa.

5.2 Da ofensa à privacidade

Conforme já aduzido em momento oportuno, não raro a questão das biografias não autorizadas se choca com direitos da personalidade do biografado e de terceiros. Nessa toada, adentrando-se especificamente a análise dos direitos de personalidade que podem ser lesados, parte-se primeiramente para o enfrentamento da privacidade.

O nascimento da privacidade, na esteira dos estudos de Rodotà (2008), emerge historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana. O isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade (místicos ou monges, pastores ou bandidos). Posteriormente, tal conceito se estendeu a todos os indivíduos que dispunham dos meios materiais que lhes permitissem reproduzir, mesmo no ambiente urbano, condições que satisfaziam a nova concepção. Foi graças à Revolução Industrial que a noção de intimidade

passou a estar relacionada a características burguesas. Trata-se, é verdade, de interesse relacionado ao individualismo. Com base na noção de privacidade e na ideia do brocado *the right to be alone* o burguês apropria-se do direito à propriedade “solitária”. Portanto, seguindo-se o fio heurístico proposto pelo autor, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” do indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. É justamente essa noção individualista de privacidade que é relatada por Warren e Brandeis (1890) em relevante artigo sobre o tema, *The Right to Privacy*. Neste estudo, considerado como o primeiro marco de abordagem acerca do direito de privacidade encara justamente o ideal burguês da época, encarando este direito com a feição do direito a ser deixado a só.

Mas, conforme salienta Rodotà (2008), o direito à privacidade com a evolução dos tempos ganha outros contornos. Tem-se reconhecida a sua importância para a sociedade democrática como requisito de outras liberdades fundamentais. Esta ideia passa se tornar ainda mais clara justamente quando se percebe que a garantia da privacidade amplia a tutela do pluralismo já que os indivíduos possuem resguardada uma ideia de intimidade não atrelada a interferência de terceiros. Desta forma, contribui-se por via reflexa para a evolução democrática.

No mesmo sentido salienta Doneda (2006) para quem a privacidade acompanha a própria teoria dos direitos da personalidade. Embora originariamente ligada a interesses egoísticos, entende-se que a evolução da tutela da privacidade está relacionada permite a construção de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade. Com base nisso, garante-se maior comunicação e relacionamento com os demais.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio, o direito à privacidade ganha status constitucional, estando previsto e resguardado expressamente no artigo 5º, X da Constituição (BRASIL, 1988):

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;

Embora haja a previsão constitucional e a garantia do direito à privacidade, a sua definição não se torna simples. Na verdade, para averiguação

das suas reais dimensões, urge trabalho além da esfera jurídica, perpassando por conceitos filosóficos, antropológicos e sociológicos. Nesse sentido ganha relevância o estudo realizado pela Vieira (2007) como requisito para obtenção do grau de Mestre pela Universidade de Brasília. Segundo a autora, pode-se conceituar o direito à privacidade como sendo a “faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como a prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados”. O direito em questão trata-se, portanto, de prerrogativa que se confere ao indivíduo para manter um afastamento confortável em relação ao mundo exterior, preservando o seu direito de autodeterminação. Desta forma, surgem duas formas básicas de violação: o acesso não autorizado ou a divulgação indevida. No primeiro há a obtenção da informação de forma ilegítima. Já no segundo, a obtenção das informações pode até ser lícita, mas a sua divulgação não o é.

Ainda na esteira de Vieira (2007, p. 29) quando da abordagem da privacidade e da intimidade, a doutrina alemã utiliza-se da teoria das esferas. Segundo esta, a privacidade engloba três círculos concêntricos. O maior deles refere-se à esfera privada (*Privatsphäre* ou *sphere of privacy*, para os americanos), excluindo-se de terceiros aspectos específicos acerca da vida da pessoa. O segundo (*Intimsphäre*) abrange valores relativos à esfera confidencial cujo conhecimento se desenvolve somente para os indivíduos com que se tem relações de forma mais intensa. Por último tem-se o mais fechado dos círculos (*Gehimsphäre*) que abrange a reserva, o sigilo, o segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa.

Com base no que foi relatado, torna-se facilmente visível à possibilidade de ofensa através da liberdade de expressão e comunicação à privacidade dos indivíduos. Essa ofensa, pode se dar tanto através da obtenção de informações de formas ilegítimas (acesso não autorizado) quanto através de obtenção de informações de forma lícita, mas divulgando-as através do crivo da ilegalidade (divulgação indevida). Em se tratando, mormente, das biografias não autorizadas, entende-se que essa possibilidade de conflito ganha maior evidência. Não raro, biógrafos extrapolam os limites do razoável para a obtenção de informações sigilosas acerca dos biografados. Muitas das vezes, estas informações referem-se, inclusive, às mais internas manifestações espirituais e pessoais dos mesmos e são reproduzidas sem qualquer consentimento.

5.3 Da ofensa à honra

Como um segundo valor a ser resguardado pelo ordenamento jurídico, tem-se o direito à honra. A mesma pode ser entendida como a reputação pessoa e a consideração no meio em que vive. Desta forma, acaba por abranger o bom nome e o renome, chamada de honra objetiva, como também o seu sentimento pessoal, honra subjetiva (Tepedino, 2011, pp. 55). Conforme admite Antônio Charves (1972) o conceito de honra vem, muita das vezes, atrelado e compreendido no de direito de imagem. Mas, segundo Edilson Pereira de Farias (1996), o direito de imagem não se confunde com o direito à honra, sendo, inclusive, este reconhecido como berço daquele. A origem do direito à honra é, relatado por Nelson Hungria (apud, Carmen Lúcia, pp. 110):

Entre todos os povos e em todos os tempos, depara-se a noção da honra como um interesse ou direito penalmente tutelável. Já nas leis de Manu eram objeto de punições as imputações difamatórias e as expressões injuriosas. Na Grécia, os crimes contra a honra eram previstos na legislação de SOLON. Em Roma, desde a mais remota época, eram punidas as ofensas ao *illesae aignatatis status, moribus ac legibus comprobatus*. A honra, entre os romanos, era como um direito público dos cidadãos, cujos fatos lesivos desse status (*Carmen famosum, contumelia, convicium, libellus famosus*) eram compreendidos no conceito amplíssimo da injúria: "Generaliter injuria dicitur, omne quoad non jure fit; specialiter, alias contumelia quae a contemnendo dieta est, quam Graeci ébrin appellant... injuria autem committitur, non solum... sed et st convicium jactam fuerit... vel si quis aã infamiam alicufus libeüum aut carmen scripserit, cumposuertt, ediderit" (Inst., IV, 4, pr., e § 1.º). Na Idade Média, o direito canônico ocupava-se das ofensas à honra, notadamente do *pasquillus*, do *Ubetus famosus* e da *detractio*, correspondendo esta à moderna difamação ("*âtractio famae alterius -publica seu coram muttis jacta et cum âirecta vel indirecta intentione alterius infamiam in pu-blicum propalandi*"). Os práticos, reproduzindo o conceito romanístico da injúria incluíram os crimes contra a honra e boa fama. No direito germano-bárbaro, entretanto, já eram tratadas distintamente a lesão à honra, (*laesio famae*) como a lesão corporal (*laesio in corpore*); mas só em época relativamente moderna foi que os crimes contra a honra passaram a constituir uma classe autônoma, perfeitamente escondida pela sua especial objetividade jurídica¹³

13 (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, v. VI, p. 39).

Bitencourt (2012), ainda no que tange ao direito à historicidade da tutela do direito à honra salienta que a proteção da mesma é bastante antiga, existindo na Grécia e na Roma antigas. Inclusive, entre os romanos a honra tinha o *status* de Direito Público do cidadão. Com o Direito Canônico a tutela à honra ganha ainda mais importância, na medida em que a mesma era reconhecida como bem jurídico autônomo, não constituindo interesse somente do indivíduo, mas de toda a coletividade na preservação da mesma. Mas, no que tange à tutela da mesma pela seara penal somente veio a ser feita recentemente com o Código Penal Frances de 1810.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio, a honra é resguardada por vários ramos da ciência jurídica. Desta forma, no Código Penal, há capítulo exclusivo tutelando os crimes contra a honra (Capítulo V). No âmbito civilístico há previsão expressa da sua tutela como direito da personalidade no artigo 20 da Lei número 10.406 (2002). O teor da Constituição Federal de 1988 também não deixa de tutelar esse direito. No seu artigo 5º, X, prevê a inviolabilidade do direito à honra.

Ressalta-se que a tutela da honra é realizada através de duplo prisma: um subjetivo e outro objetivo. Em se tratando do primeiro, tem-se justamente a ideia da perspectiva do indivíduo sobre si mesmo, da sua autoconsciência, autoestima e o seu autoconhecimento. Portanto, quem tem a honra subjetiva afetada, acaba por sofrer lesão à dignidade em seu aspecto intrínseco, envolvendo questões psicológicas e mentais referente a si próprio (Bitencourt, 2012). Na seara penal, a ofensa à honra subjetiva é tratada pelo crime de injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I — quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II — no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena — reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

A ofensa ao direito à honra também poderá se dar em seu aspecto objetivo, isto é, a reputação do indivíduo, ou seja, é o conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais (Bitencourt, 2012). Nessa esteira, quando se tem ofendida a honra objetiva, há o abalo à sua boa fama, reputação que o mesmo goza perante a sociedade. Na seara penal, a honra objetiva é resguardada pelos crimes de calúnia e difamação, presentes nos artigos 138 e 139 do Decreto-Lei nº 2.848 (1940):

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

No que tange especificamente à biografias não autorizadas, torna-se evidente a potencialidade lesiva à honra do indivíduo. Conforme já aduzido em momento oportuno, o relato biográfico é realizado através dos fatos ligados a vida de uma pessoa. Nessa esteira, muitas das vezes este relato não é imparcial, levando

consigo uma interpretação do biógrafo relativa aos mesmos. Em razão disso, especialmente, pode-se haver ofensa ao direito à honra tanto em seu aspecto objetivo, quando em relação ao aspecto subjetivo.

5.4 Da ofensa à imagem

O enfrentamento de questões relativas ao direito de imagem é tão polêmica quanto a própria autonomia do mesmo. A partir disso, definir tal direito tornou-se tarefa hercúlea. Ordenamentos jurídicos como o Francês e a Doutrina Anglo-Saxônica entendem que o mesmo compõe elemento do Direito à Intimidade (Silva, 2011). Em que pese o debate acadêmico em ordenamentos alienígenas sobre o tema, há certo consenso em reconhecer a autonomia de tal direito na realidade nacional. Tal assertiva é corroborada pelo tratamento individualizado dado a esse direito nos artigos 20 e 21 da lei número 10.406 (BRASIL, 2002) e no artigo 5º, inciso X da Constituição (BRASIL, 2002).

Deve-se, nessa toada, salientar que o reconhecimento que a importância da imagem remonta a idade da pedra. Já naquela o ser humano produzia sobre pedras registros e desenhos. No período romano destaca-se, inclusive, o *Ius Imaginum*, garantindo aos nobres romanos o direito de manter no atrium de suas casas imagens de seus ancestrais (Silva, 2011). No entanto destaca-se que a atenção acerca da proteção jurídica dos direitos de imagem ganhou maior importância com a invenção da fotografia, em 1829, pelo químico francês Niceforo Niepce (Vendruscolo, 2008).

O primeiro caso que se tem notícia envolvendo violações ao direito de imagem, conforme salienta Vendruscolo (2008), ocorreu em 1858, que envolveu a famosa atriz francesa Rachel, que foi retratada em seu leito de morte. A sua fotografia foi entregue indevidamente à pintora O'Connel, que reproduziu e distribuiu a imagem sem o consentimento dos familiares da atriz falecida. Nessa esteira, o tribunal de Siene, atendendo aos reclamos dos entes queridos, determinou a apreensão e destruição da imagem reproduzida.

No Brasil, o caso precursor envolvendo ofensa ao direito de imagem refere-se à captação indevida de Zezé Leone, a Rainha da Beleza, em 1922, para a reprodução de um filme. Nesse caso, o juiz Octávio Kelly compreendendo como grande objetivo da proteção legal o resguardo da personalidade do retratado, acolheu o Interdito Proibitório da Miss Brasil, (Vendruscolo, 2008).

Feita essa breve digressão histórica e reconhecida a importância do direito à imagem, urge a conceituação do mesmo. Segundo Loureiro (2005), a ideia inicial desse direito estava relacionada unicamente à tutela visual estática da pessoa ou da coisa. Mas, com a evolução doutrinária e científica, volta-se a definição mais complexa de imagem, passando-a ser dividida em imagem-retrato e imagem-atributo. Aquela diz respeito às expressões formais e sensíveis da personalidade como a reprodução visual, da voz, composição genética e parte do corpo do indivíduo, sendo titulares da mesma, os seres humanos. Já a imagem-atributo refere-se basicamente ao conjunto de atributos cultivados pela pessoa física e jurídica e reconhecidos socialmente. Destaca-se que ambos direitos possuem tutela constitucional expressa: a tutela imagem-retrato encontra proteção no artigo 5º, X e a imagem-atributo no artigo 5º, V. Nessa toada, relacionando o direito à imagem com a temática ora enfrentada, destaca-se a observação feita por Loureiro (2005):

A reprodução biográfica de uma pessoa também é imagem para o direito. Respeita tanto a imagem-retrato – quando versar sobre a expressão formal e sensível da personalidade do indivíduo – quanto à imagem-atributo – quando se referir às características efetivamente apresentadas por alguém à sociedade.

No que tange ao regramento infraconstitucional, conforme já dito em momento oportuno, o Código Civil de 2002 rompe com a estilística trazida pelo Código Civil de 1916. Desta forma, traz capítulo específico acerca da tutela dos direitos da personalidade. Justamente em seu artigo 20 prevê a tutela à imagem das pessoas se atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Essa regra, segundo o legislador, somente poderá ser relativizada se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

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.

Entretanto, conforme se pode facilmente perceber através de uma análise literal do enunciado normativo presente no artigo 20 da lei número 10.406 (BRASIL,

2002), a imagem de uma pessoa somente poderia ser divulgada em duas situações: se fosse devidamente autorizada, ou se a publicação fosse necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Conforme bem observa Souza (2011) esse raciocínio não está compatível, por óbvio, com proposta do Pós-Positivismo e com a doutrina do Direito Civil-Constitucional, uma vez que já estabelece está em descompasso com a ponderação entre direitos fundamentais e o desenvolvimento tecnológico. Pode-se dizer que este artigo, inclusive, tornaria o direito à imagem superior aos demais interesses que podem ser tutelados através dos direitos fundamentais, como o direito à informação e a liberdade de expressão. Justamente por isso, emerge o Enunciado nº 279, da IV Jornada de Direito Civil com os seguintes termos:

a proteção da imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

No que tange às biografias não autorizadas, torna-se evidente essa colisão. Conforme aponta Gilmar Mendes (1994) em estudo relativo à colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, são inúmeros os casos no direito nacional e no direito alienígena que retratam esse conflito. Segundo Mendes, uma decisão de extrema relevância que aponta o conflito em questão refere-se ao caso *Mephisto*. Neste, o filho adotivo do ator e diretor de teatro e de cinema Gustaf Gründgen postulou, perante a Justiça Estadual de Hamburgo, a proibição da publicação do romance *Mephisto* com base na justificativa de que se cuidava de uma biografia depreciada e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no personagem Hendrik Höfgen. O caso foi julgado em sede de liminar como improcedente pelo Tribunal de Hamburgo e o romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência do autor, Klaus Mann, afirmando “todas as pessoas deste livro são tipos, não são retratos de personalidades”. Mas, posteriormente, esse mesmo tribunal decidiu em sede de sentença que pela proibição de publicação, com base nos direitos de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho. Ao chegar ao Supremo Tribunal Federal Alemão, confirmou-se a decisão. Ao chegar ao Tribunal Constitucional, novamente entendeu-se que o direito

de liberdade de expressão não pode ser garantido de forma ilimitada sendo, nesse caso, necessário dar primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com base no exemplo apontado, torna-se facilmente possível observar a possibilidade de conflitos envolvendo o direito de imagem das pessoas naturais e a liberdade de expressão dos biógrafos. Nessa toada, na esteira da teoria pós-positivista, deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade para sanar esse conflito mediante o emprego do postulado da proporcionalidade ao caso concreto. Destaca-se, no entanto, que o controle em concreto é muito das vezes feito de forma repressiva e, portanto, como ocorre na maioria dos casos, após o dano moral¹⁴ ter ocorrido.

A grande questão em se tratando de controle *a posteriori* refere-se ao fato do cunho meramente compensatório de eventual dano sofrido pelo biografado ou terceiros. Não há possibilidade de restituição do *status quo ante*, como ocorre nos danos materiais. Justamente por isso, torna-se insatisfatória a mera delegação da solução para o emprego da máxima da proporcionalidade.

Exemplos ajudam a vislumbrar a questão: imagine-se um caso em que se tem um relato biográfico de uma celebridade casada e com filhos no qual são expostos ao público informações, obtidas através de suas amantes, acerca de suposta má-formação genital. Trata-se de informação que irá atingir tanto o direito de imagem, quanto a honra em seus planos subjetivos e objetivo e de privacidade do biografado e de terceiros (como no caso, da esposa e filhos). Portanto, em casos como este, de pouco serviria a utilização *a posteriori* de eventual máxima da proporcionalidade para através de tarefa hercúlea ponderar os princípios e obter eventual solução como a possibilidade de condenação em danos morais.

Justamente por isso, em momento oportuno, tentar-se-á, através desse trabalho, estabelecer certos *standards* para resolução desse tipo de conflito. Assim, esses standards não substituirão, por óbvio, o emprego da ponderação no caso concreto, mas através deles poder-se-á estabelecer certas balizas comportamentais

¹⁴ O conceito de dano moral é resultado de enormes controvérsias na seara jurídica. Nessa esteira, deve-se salientar importante estudo sobre o tema é trazido por Maria Celina Bodin de Moraes (2003) em que se investiga as raízes do mesmo. Deve-se destacar, no entanto, que o conceito de dano moral possui grande evolução na doutrina e jurisprudência pátria de forma que já fora considerado como sinônimo de dor, sofrimento, angústia, etc. mas, tal teoria já fora superada já que confunde os efeitos do dano com o próprio dano. Hoje prevalece em sede jurisprudencial a corrente que defende que o dano moral refere-se à ofensa aos direitos da personalidade. No entanto, deve-se destacar a interessante posição de Moraes (2003) para quem dano moral é ofensa à dignidade da pessoa humana, compreendida esta em (i) solidariedade, (ii) igualdade, (iii) liberdade e (iv) integridade psicofísica.

acerca dos conflitos envolvendo os direitos de personalidade e o direito à liberdade de expressão e de informação.

5.5 O direito ao esquecimento

Seguindo a linha de raciocínio exposta, deve-se abordar, ainda, no que se refere à potencialidade lesiva das biografias não autorizadas, a suposta ofensa à teoria do direito ao esquecimento. Segundo esta, haveria respaldo, no ordenamento jurídico, a garantia de um direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. O acontecimento de maior repercussão acerca do tema foi o chamado caso Lebach.

Trata-se da condenação, em 1970, dos autores do assassinato de quatro soldados durante o sono, ao passo que outro ficou gravemente ferido. Em razão da gravidade do delito, os autores principais foram condenados à prisão perpétua e o partícipe a seis anos de reclusão. Ocorre que, após cumprir dois anos da pena, uma emissora de televisão editou um documentário sobre o caso, inclusive uma reconstituição com referência aos nomes dos envolvidos, o que levou o partícipe, que estava a prestes a lograr livramento condicional, a requerer provimento judicial para impedir a divulgação do programa, o que foi recusado pela instância ordinária, resultando em interposição de reclamação constitucional ao TCF. Em sede de decisão, o Tribunal Constitucional Alemã entendeu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada. Assim, naquele caso concreto, decidiu-se a favor da tutela da personalidade do partícipe perante a liberdade de informação. Conforme aponta Sarlet (2015):

O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance.

Nessa esteira, muito enriquecedoras são as palavras de François Ost (2005, p. 160)

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

Destaca-se que a jurisprudência do direito comparado¹⁵, mormente nos tribunais europeus, tem tratado do tema com afinco. Inclusive, há que se salientar que o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu do Conselho de 27 de abril de 2016, trata especificamente acerca do direito ao esquecimento em seu artigo 17. Veja-se:

Artigo 17.o Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos preponderantes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
- b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse

¹⁵ Para um estudo mais detalhado acerca do tema, mormente com exemplos do direito comparado, recomenda-se a leitura do artigo: SARLET, Ingo. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso: em 07/07/2016.

- público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.o, n.o 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.o, n.o 3;
- d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.o, n.o 1, na medida em que o direito referido no n.o 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
- e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

A preocupação com o direito ao esquecimento remonta justamente a preocupação social em uma era do hiperinformacionismo (RAMOS FILHO, 2014), no qual as esferas pública e privada se tornam cada vez mais estreitas. Em tempos como estes, os conceitos entre “tempo” e “direito” merecem ser reanalisados em prol da tutela da pessoa humana. A própria ponderação entre o direito de informação e os direitos da personalidade tem que ser feita *in concreto* e não deve ser desconexa de questões temporais. Justamente por isso, reconhece-se que, com o passar do tempo, a tutela da pessoa possa impedir que determinadas informações do passado sejam divulgadas.

Em se tratando da jurisprudência pátria, mormente em sede do Superior Tribunal de Justiça, há alguns casos relativos ao direito ao esquecimento que merecem destaque: a Chacina da Candelária e a ação proposta pela família de Aída Curi. No que se refere ao primeiro, trata-se de um dos réus absolvidos no processo movido em função da Chacina da Candelária, foi envolvido em programa televisivo como envolvido no caso, apesar da sua absolvição. Nesse caso, a TV-Globo (responsável pela produção e veiculação do Programa) ao pagamento de indenização por danos morais por ofensa à honra embora tenha sido referido que o autor da ação tivesse sido absolvido, em função do esquecimento.

O segundo caso que merece destaque na jurisprudência pátria acerca do direito ao esquecimento refere-se à ação proposta por Aida Curi, que foi estuprada e morta em 1958, publicada em reportagem realizada pela TV Globo, em que se tiveram resgatado todos os pormenores do evento. Nessa esteira, foi alegado pelos particulares que o decorrer temporal não impede o resgate da história. Se houvesse a real publicação do caso, geraria constrangimento aos familiares, fazendo-os reviver o episódio.

Destaca-se, ainda, a força que vem ganhando o direito ao esquecimento na doutrina pátria. Ponto de realce, inclusive, refere-se ao Enunciado n. 531

aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ. O enunciado e os motivos são os seguintes:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do exdetento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ressalta-se, desta forma, que apesar da ausência de reconhecimento expresso em enunciados legislativos acerca do direito ao esquecimento. O mesmo pode ser reconhecido através da própria tutela dos direitos da personalidade, presente nos artigos 11 a 21 do Lei número 10.406 (BRASIL, 2002) e da cláusula geral de tutela da pessoa humana presente no artigo art. 1º, III da Constituição (BRASIL, 1998). A jurisprudência também caminha nesse sentido, reconhecendo inclusive em sede de decisões dos tribunais superiores, do direito ao esquecimento.

5 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÚMERO 4815 (BRASIL, 2012) E A AUDIÊNCIA PÚBLICA ACERCA DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Colhidos pontos referentes ao conceito e aos direitos envolvidos no conflito referente às biografias não autorizadas merece destaque o enfrentamento recente do por parte do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros tendo como objetivo a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da lei 10.406 (BRASIL, 2002). Segundo alegam os autores, a possibilidade de abertura semântica do texto do artigo em questão acaba por gerar a proibição de biografias não autorizadas e, portanto, violar os direitos de liberdade de expressão e o direito à informação.

Nessa esteira, ainda em sede de petição inicial, argumenta-se que a necessidade de autorização no que tange à publicação das biografias acaba por violar o direito à informação, uma vez que a mesma passa a ser objeto de verdadeiro leilão pelo direito de publicação de obras desestimula-se os historiadores e

consequentemente empobrece a construção da memória coletiva. Além disso, ressaltou-se que as pessoas públicas possuem menor espaço de tutela de sua vida pessoal, ou seja, a tutela de sua intimidade e privacidade das pessoas públicas é proporcionalmente mais estreita do que a sua notoriedade. Destacou-se, ainda, a teoria estadunidense da posição preferencial do direito à liberdade de expressão alegando que, na solução entre o direito de liberdade de expressão e outros bens e valores constitucionais resolve-se o conflito, a princípio, a favor daquela. Por último, propôs-se *standard* no sentido de que “quaisquer informações sobre figuras públicas ou pessoas envolvidas em eventos de interesse público podem ser divulgadas – pela Imprensa ou em biografias – sem a necessidade de autorização prévia dos biografados, de seus familiares ou do Poder Judiciário” (pp.13).

Recebida a inicial no Supremo Tribunal Federal, a mesma foi distribuída e ficou responsável pela relatoria da mesma a Ministra Carmén Lúcia. Em razão da grande repercussão social e democrática e da complexidade técnica relativa ao tema abordado, a relatora, com base no artigo 9º da Lei 9.868/99, convocou audiência pública¹⁶ para nortear o julgamento do caso.

Em sede de audiência foi conferido o tempo de quinze minutos para a explanação de cada um dos habilitados. Destacou-se, ainda que não se permitiu a participação das pessoas que tinham processo judicial, em curso ou findo, referente ao tema ao argumento de não se tratar de debate subjetivo. No que tange à dialética travada, foram ressaltados muitos argumentos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade, destacando-se os principais: (i) prejuízos econômicos trazidos aos produtores; (ii) importância das biografias para o desenvolvimento cultural; (iii) a possibilidade de abertura à censura de imprensa, caso as biografias necessitem de autorização prévia; (iv) o fato de a Constituição Federal de 1988 prever a liberdade de expressão independentemente de qualquer tipo de autorização; (v) a importância das biografias não autorizadas ao pluralismo; (vi) a importância das biografias para a construção histórica; (vii) o fato de que a permissão das biografias não autorizadas não gera per si abuso das editoras, já que as mesmas evitam processos judiciais; (viii) impossibilidade de obter autorização de todas os terceiros relatados nas biografias; (ix) a ausência de segurança jurídica sobre o tema acaba por desestimular a produção de biografias; (x) importância da liberdade de expressão no

¹⁶ Para uma análise crítica acerca das audiências públicas, mormente através do caráter do seu discurso democrático recomenda-se a leitura de Vestena (2010).

período pós-ditadura; (xi) quando a pessoa é pública os fatos relativos à ela também são públicos; (xii) o direito à intimidade não se trata de direito absoluto; (xiii) impede a criação de novos filtros e desestimula a leitura; (xiv) as falsas biografias são contraditadas pelas boas; (x) não há verdade absoluta.

De outro lado, como argumentos contrários à aprovação das biografias destacam-se os seguintes: (i) não há direito absoluto e, portanto, a liberdade de expressão não poderá ser considerada dessa forma; (ii) são evidentes os abusos utilizados por biógrafos em casos como o do jogador Garrincha; (iii) em muitos casos a indenização posterior, por mais robusta que seja, não é suficiente para compensar/reparar o dano causado; (iv) torna-se desproporcional a exposição da intimidade com o fito meramente comercial; (v) não há qualquer incompatibilidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil com a Constituição Federal de 1988; (vi) caso seja julgada a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão, estar-se-á retirando-se filtros para proteger a dignidade da pessoa humana; (vii) a entidade que propôs a ADIN é ilegítima para tanto, alegando-se ter sido constituída meramente para esse fim; (viii) a Constituição diz que a honra e a intimidade são invioláveis, já a liberdade é exercida nos seus termos; (ix) problema de biografias expostas de última hora com objetivos nefastos e informações falsas, como poderia ocorrer em casos como o de campanhas eleitorais.

Ainda, ponto importante tratado relativo ao tema no que tange à ADIN, foi trazido pelo Doutor João Ribeiro quando salientou que não foi dado aos biografados o direito de se manifestar. Desta forma, prejudicou-se a dialética do discurso sob o argumento que não se tratava de processo subjetivo. Nessa esteira, pode-se dizer que se tornou desproporcional o debate em número de representantes a favor e contra a divulgação das biografias não autorizadas. De fato, os que teriam maior interesse em defender a constitucionalidade dos dispositivos dos artigos 20 e 21 da lei 10.406 (BRASIL, 2002) são os biografados.

Em se tratando do caráter da decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade proposta (ADIN nº 4815) julgou-se o precedente o pedido formulado para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do lei 10.406 (BRASIL, 2002), sem redução de texto:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do

Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo amicus curiae Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo amicus curiae INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara.

Brasília, 10 de junho de 2015.

Ministra CÁRMEN LÚCIA – Relatora

No entanto, não basta analisar o conteúdo da decisão prolatada, para efeitos deste trabalho; urge, ainda, salientar o conteúdo dos votos, mormente da relatora e do ministro Carlos Roberto Barroso. Em se tratando do primeiro, destacou logo de plano todos os pontos principais trazidos por cada expositor em sede de audiência pública, demonstrando respeito ao instituto. Posteriormente, analisando a necessidade de eficácia máxima das normas constitucionais, faz uma abordagem comparada historicamente e geograficamente da liberdade de expressão. Nessa oportunidade, salientou acerca da categorização do direito de liberdade de expressão como preferencial e da problemática envolta na censura. Mas, destacou que eventuais abusos pela utilização indiscriminada do direito à liberdade de expressão não podem ser admitidos e, corresponderão a essas, direito de reparação. Não descurou, ainda, de analisar o direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, mormente nos aspectos doutrinários e na jurisprudência da própria corte. Em se tratando propriamente da análise das biografias, a relatora debruça-se sobre a importância da mesma para a construção histórica e desenvolvimento da cultura popular. Por fim, entendeu-se pela necessidade de interpretação conforme dos artigos 20 e 21 da lei nº 10.406 (BRASIL, 2002) no sentido de permitir tornar indispensável à autorização prévia para a publicação de biografias.

O voto do Ministro Carlos Roberto Barroso também merece destaque em razão de alguns pontos de observação apresentados. O primeiro deles refere-se à impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais; desta

forma torna-se inadmissível que a lei possa estabelecer tal preponderância, já que a solução de conflito entre direitos fundamentais deve obedecer a máxima da proporcionalidade. Além disso, segundo o ministro, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), incorporou posição de prevalência *prima facie* do direito de liberdade de expressão com outros interesses juridicamente tutelados, como é o caso dos direitos da personalidade. Nessa esteira, entende-se que o regime constitucional referente à liberdade de expressão é o da responsabilidade ulterior, e não o da interdição prévia. Foram citados, ainda, muitos exemplos emblemáticos envolvendo as biografias não autorizadas.

6 AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E O PÓS-POSITIVISMO

Feitas as abordagens necessárias para o enquadramento das biografias não autorizadas no mundo jurídico, deve-se passar para uma análise das mesmas, compatível com o marco teórico proposto. Dessa forma, conforme referido no começo desse estudo, as biografias nada mais são do que o relato de fatos afetos à vida de uma pessoa. O direito de exposição desses fatos decorre logicamente das liberdades de comunicação, ligada à exposição de fatos, e à liberdade de expressão, ligada a questões valorativas. No entanto, não raro, essa tarefa expositiva pode gerar confronto com outros direitos, mormente os ligados à personalidade dos indivíduos (biografados e terceiros). Entre eles, os principais são o direito à honra, à imagem e à privacidade. Modernamente, inclusive, há que ressaltar que vem surgindo um poderoso interesse no ordenamento jurídico referente ao direito ao esquecimento que, muita das vezes, encontra-se lesado pela exposição biográfica.

O tema das biografias não autorizadas, ainda, envolveu uma série de debates acerca do seu conteúdo, em razão da ADIN nº 4518 (BRASIL, 2012) e da audiência pública convocada para discutir o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em que pese o debate enfrentado, algumas críticas podem ser feitas ao tratamento do tema por este tribunal, prejudicando, inclusive, a dialética necessária à solução do impasse envolvendo direitos fundamentais. Além de não se ter permitida a participação de indivíduos que possuem interesse subjetivo na demanda, como é o caso dos biografados, notou-se composição assaz disparataria no que tange aos representantes de cada interesse em questão. A quantidade de indivíduos que expuseram ponto de vista a favor dos termos da inicial foi muito maior do que a dos

contrários. Nesse sentido, torna-se facilmente criticado o caráter democrático da decisão em questão no STF.

Quando se abordam temáticas complexas, verdadeiros *hard cases*, qualquer solução em abstrato pode-se tornar problemática. Em razão das possíveis colisões principiológicas envolvidas no caso em questão, torna-se realmente problemático estipular-se uma regra pronta e acabada para tratar dos casos envolvendo biografias não autorizadas. No entanto, isso não quer dizer que se deve deixar a questão desprovida de qualquer norteamento jurídico. Isso acabaria por gerar danos ainda mais graves já que desestimularia a produção biográfica, já que os escritores ficariam cada vez mais desincentivos à produção desse gênero e torna-se cada vez mais notória a produção biográfica para a construção histórico-cultural de um povo. Além disso, seria impossível conviver com a possibilidade de decisões e reforma de decisões nessa sede; tal fato geraria exacerbada insegurança jurídica, ponto completamente contrário ao conceito de Estado de Direito.

Nessa esteira, parece que o mais correto seria a estipulação de *standards*, capazes de influenciar o julgamento de casos envolvendo as biografias não autorizadas. Na verdade, quando se fala em *standards*, está aqui a se interpretar na esteira do que faz Maria Clara Osuna Diz Falavigna (2007), ou seja, a se referir ao modelo de conduta média, fundamentada nas virtudes que devem ser e existir para concluir a intencionalidade do Direito que é a realização da justiça, que está além dos limites objetivos fixados em lei.

As biografias não autorizadas, como gênero textual, são decorrentes das liberdades de comunicação e expressão. Assim como qualquer direito fundamental, os relativos à liberdade de expressão foram alvo de inúmeras lutas. Segundo salienta Castilho e Sanches (2016) no cenário europeu, pode-se dizer que o grande fortalecimento das liberdades é decorrência de uma série de revoltas científicas, religiosas e culturais ocorridas na época do renascimento. Ocorre que, conforme destaca Sarmiento (2007), a grande crise envolvendo essas liberdades ocorre de forma mais tardia no ordenamento jurídico pátrio. É justamente no tempo da ditadura militar que a censura recaia quase sempre sobre as manifestações que o Governo considerava perigosas ou ofensivas aos seus próprios interesses. O enunciado do artigo 153, da Emenda Constitucional n. 1 de (Brasil, 1969) ajuda a perceber tal problemática:

“Art. 153. (...)

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

A regulamentação do enunciado normativo em questão vem justamente com o Decreto-Lei nº 1077 (BRASIL, 1970), cujo artigo 1º prevê que “não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação”. Desta forma, torna-se evidente a problemática relativa à questão das liberdades em um passado recente.

Urge salientar que o conceito a liberdade de expressão é essencial ao próprio desenvolvimento democrático e conseqüentemente à persecução de um Estado Democrático de Direito. Desta forma, tornam-se essenciais à persecução e concretização da mesma as noções de diálogo entre os envolvidos no processo democrático para que possam solucionar os impasses e chegar-se às melhores soluções. Ocorre que, ao limitar a liberdade de expressão, tem-se a limitação da própria dialética democrática e, desta forma, evita-se evolução do debate. A partir dessas noções, inicia-se a possibilidade de defender uma teoria preferencial do direito à liberdade.

Reforçando a ideia da noção preferencial do direito à liberdade de expressão, aponta o Ministro Barroso (2014), em seu voto na ADIN nº 4518 (BRASIL, 2012), a teoria em questão se mostra adequada à realidade brasileira uma vez que (i) aqui há um histórico assaz sofrido de idas e vindas ao que se refere à liberdade de expressão, (ii) a liberdade de expressão é um pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais, (iii) a liberdade de expressão é fundamental para o conhecimento histórico.

Parece que a própria Constituição (BRASIL, 1988) vem a confirmar em seu texto a opção por tratamento mais benéfico em favor da liberdade de expressão. Trata-se verdadeiramente de previsão expressa e cautelosa do constituinte decorrente dos traumas do passado. Desta forma, não seria exagerado pensar em certo caráter preferencial desse direito. É o que se pode interpretar dos enunciados do enunciado normativo do artigo 220 da Constituição (Brasil, 1988)

CAPÍTULO V
DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

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.

A adoção teoria da *preferred position* (posição de preferência) já vem sendo acolhida no STF em sede de alguns julgamentos como na ADPF nº 130 e na ADPF nº 187. E, conforme salienta Barroso (2014) no que tange especificamente às biografias não autorizadas, o emprego dessa teoria acabaria por gerar três grandes repercussões: (i) o estabelecimento *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais, sendo, desta forma, o titular destes direitos o ônus de demonstrar a superioridade do seu direito frente à liberdade de expressão; (ii) devem sofrer forte suspeição e escrutínio rigoroso quaisquer manifestações de cerceamento da liberdade de expressão; (iii) vedação a qualquer modalidade de censura prévia ou licença.

Ocorre que a questão não é tão simples assim. Considerar as biografias não autorizadas de forma desvinculada da teoria dos fatos pode ensejar grandes problemas hermenêuticos. Independentemente do tipo de fato relatado poder-se-ia considerar como plausível a noção *prima facie* de superioridade do direito de liberdade de expressão? Mais, sempre o ônus argumentativo acerca da demonstração da superioridade do direito deve recair sobre o biografado ou terceiro? Não há mesmo que condicionar qualquer tipo de autorização à publicação de biografias, independentemente do seu conteúdo? Indagações como estas acabam por dar novos ares ao debate proposto.

Primeiramente, deve-se voltar ao raciocínio empregado ao longo do estudo. A vida dos indivíduos é composta por uma série de fatos. Tais fatos possuem a natureza mais diversificada possível englobando aspectos fenomenológicos públicos como o nascimento, a morte e o casamento, ou natureza mais privada como, por exemplo, hábitos e questões pessoais. Desta forma, considerar uma solução acerca teoria da biografia como uma forma única para tratar de todos esses fatos pode ser assaz injusta sob a perspectiva individual.

Seria igualmente problemática essa fórmula única de visão da supremacia *prima facie* das liberdades sob as questões individuais se considerados padrões existências mais robustos e lesões mais atinentes ao núcleo do que se espera ser considerada a noção de vida digna. Deve-se tomar como exemplo casos em que através de relato biográfico se expõe a vida do indivíduo e de terceiros em demorado e ofendam a sua própria honra subjetiva de forma aflorada. Imagine o caso em que se faça uma biografia não autorizada de uma determinada personalidade famosa e, entre os fatos relatados tenham sido referenciado casos de traição, questões de brigas internas relacionadas à família e problemas relacionados ao consumo de drogas por parte dos filhos. Através da perspectiva em questão, seria assaz problemático considerar que o direito à liberdade de expressão e comunicação seria superior *prima facie* à dignidade da esposa que teve a sua honra subjetiva abalada pela exposição pública das traições de seu marido e à dignidade do filho que teve exposta ao grande público a condição de ex-viciado em drogas.

A partir disso, poder-se-ia argumentar que, para esses casos, o mais correto seria a utilização do dano moral para compensar esse tipo prejuízos atentatórios à dignidade da pessoa. Mas, deve-se destacar aqui a inviabilidade desse raciocínio. Conforme o próprio conceito do dano moral, diversamente do que ocorre para o dano material, o mesmo possui caráter meramente compensatório (Bodin, 2003) e, desta forma, é incapaz de retornar ao *status quo ante*. Muitas das vezes, inclusive, não há valor passível de ser arbitrado de dano moral que de fato compense para o indivíduo a ofensa à sua dignidade. Além disso, para esses casos, pouco funcionaria utilizar-se do direito de resposta ou de mecanismos demorados para retirar a informação do grande público.

Deve-se destacar que embora os princípios da liberdade de expressão e de comunicação sejam pedra-toque de todo o Estado Democrático de Direito, com a experiência do Pós-Guerra, passou-se a entender que a noção de dignidade da pessoa humana deve ocupar o epicentro de todo o ordenamento jurídico (Barroso, 2011). Trata-se de verdadeira virada kantiana em busca do *ser*, interpretado como força motriz de todo o Direito. Desta forma, eventuais interpretações que coloquem em segundo plano o próprio conceito de dignidade ou, que admitam superioridade *in abstracto* de qualquer direito à própria noção de dignidade deve ser rechaçada. Se o próprio constituinte teve a preocupação em garantir a liberdade de expressão, teve

mais ainda de garantir a dignidade da pessoa humana, colocando-a como verdadeiro fundamento de todo o arcabouço constitucional no artigo 1º, III.

A solução para o impasse em questão volta-se aos fatos. A necessidade de autorização ou não das biografias não autorizadas possui correlação lógica, portanto, com o conteúdo dos fatos expostos. Os fatos podem ser dos mais diversos tipos e, por óbvio, a vedação de exposição ou a liberdade da mesma não são regra geral aplicável a todos os tipos. Existem fatos que, se expostos, irão comprometer de grande monta a privacidade, honra e a imagem do biografado e de terceiros e, desta forma, não podem ter permitida a sua divulgação. Ao revés, existem fatos que possuem uma proximidade bastante remota à tutela da pessoa e, cuja exposição deve ser permitida.

Em todas as sociedades, basicamente, conforme aponta Pereira (2012, p. 199), existiu uma série situações ligadas à condição do indivíduo na sociedade que mereceram caracterização como registros públicos. O povo grego conhecia a inscrição dos indivíduos na *phratría*, a que mais tarde se opõe a *demos*. O povo romano procedia à inscrição dos nomes dos patrícios em registro especial, e, com caráter geral, os imperadores ordenavam anotações censitárias periódicas. No entanto, a origem do registro moderno está relacionada à prática adotada pela Idade Média pelos padres cristãos, que anotavam o batismo, o casamento e o óbito dos seus fiéis, visando o melhor conhecimento dos seus rebanhos e à escrituração dos dízimos e emolumentos. Desta forma, ainda hoje é possível verificar-se uma série de fatos constatados pelo Estado e que o mesmo os considera público. São exemplos os trazidos pelo artigo 9º e 10º da lei nº 10.406 (BRASIL, 2002):

Art. 9º Serão registrados em registro público:

I - os nascimentos, casamentos e óbitos;

II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;

III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;

IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:

I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;

II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;

Tais fatos, por óbvio, já gozam intrinsecamente de publicidade e, portanto, a sua divulgação dentro dos limites da razoabilidade através da liberdade de expressão e de comunicação não deve ser vedada. Trata-se, nesse caso, de presunção absoluta de cabimento da divulgação dos mesmos na medida em que se

tratam ontologicamente de atos públicos e, portanto, não há qualquer vedação à sua publicização. Destaca-se, no entanto, que a mesma deve ser feita nos limites da razoabilidade. Por óbvio, a natureza teleológica da liberdade de expressão e comunicação é justamente a circulação de informações e, justamente por isso, eventual abuso de direito no que se refere à persecução de outros fins maculam a própria essência dessas liberdades, devendo ser coibidas. É o que ocorreria, por exemplo, caso um indivíduo se utilizasse da publicização da morte do filho do seu desafeto somente para perturbá-lo.

Uma segunda categoria de fatos está relacionada à própria noção de privacidade proposta por Bilder (1991). Ao tratar do direito à privacidade, em tópico específico, relatou-se que originariamente o conceito desse interesse jurídico esteve relacionado aos trabalhos de Warren e Brandels (1890) e na concepção individualista-burguesa do direito a ser deixado em paz (*the right to be alone*). Argumentou-se, na esteira de Rodotà (2001), que tal concepção não pode mais ser tratada como a aplicável à realidade social na medida em que se constata interesse coletivo na preservação da privacidade. Para Bilder (1991), nessa esteira, retoma a ideia do instituto para uma concepção instrumental de tutela desse interesse, materialmente relacionada a uma noção de garantia de respeito ao indivíduo. Segundo a autora, o conceito de privacidade não está relacionado ao isolamento do indivíduo, mas sim, no respeito à sua pessoa. Desta forma, reconhece-se que a privacidade pode ser mantida, apesar de revelações acerca do indivíduo. Na esteira de Bilder (1991), "*Privacy requires an attitude towards the person that recognizes that person's essential humanity*".

Exemplos mais uma vez ajudam a aclarar a questão. Caso seja utilizado o conceito clássico de privacidade como o direito de ser deixado em paz, a transposição de eventuais informações individuais atrelados à sua intimidade poderia lesar esse direito, independentemente da real lesividade da mesma à pessoa do indivíduo. Por exemplo, ao relatar em uma biografia o hábito do biografado de acordar e comer três pães de sal pela manhã poderia ser considerado uma invasão ao seu espaço pessoal e, conseqüentemente, algo ultrajante à sua privacidade. Nessa esteira, poder-se-ia questionar a divulgação dessa informação que nada afeta à dignidade do biografado ou de terceiros. No entanto, caso seja utilizado um conceito de privacidade próximo à noção de Bilder (1991), tem-se reconhecida à possibilidade de utilizar-se da propagação dessas informações sem

que se tenha afetado o direito à privacidade, já que o mesmo está relacionado à noção de respeito à pessoa. E, nesse caso, não há que se considerar qualquer desrespeito à privacidade do indivíduo ao relatar o seu hábito matinal, mesmo que esteja relacionado a questões íntimas.

Com base justamente nessa noção de privacidade, seria possível categorizar uma segunda espécie de fatos que, apesar de estarem relacionados à esfera íntima do indivíduo, a sua divulgação não geraria violação à noção de privacidade e, portanto, a princípio, poderiam estar presentes em relatos biográficos independentemente de autorização. A grande questão aqui, no entanto, é a problemática acerca de um método de aferição dessa possível violação.

Parece que a melhor forma possível de mensurar essa possível potencialidade lesiva da divulgação do fato à privacidade do indivíduo está relacionada basicamente a uma presunção relativa a favor da liberdade de expressão relacionada à noção de coletividade da lesividade da exposição do fato. Explica-se. Conforme já visto, é defensável em razão da estrutura e história da Constituição (BRASIL, 1988) e da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal a liberdade de expressão e comunicação baseada na noção da “teoria da preferred position”, que, no entanto, não deve se sobrepor à tutela da dignidade da pessoa humana. Desta forma, torna-se admissível a exposição de fatos íntimos relacionados à pessoa, desde que se faça um juízo acerca da violação da sua privacidade. O juízo em questão deve ser feito utilizando-se da moral coletiva acerca do caso específico. Nessa esteira, deve-se observar se no caso em questão seria razoável através da perspectiva social, admitir-se aquela divulgação, caso a resposta seja sim, tem-se uma presunção relativa a favor da divulgação acerca daqueles fatos.

No entanto, destaca-se, aqui, que se trata juntamente de presunção relativa pois a noção de dignidade não é algo objetivo ou coletivo, mas sim de cunho subjetivo e individual. Caso o biografado tenha a sua dignidade violada não obstante o reconhecimento da não afronta por parte da coletividade, terá que arcar com o ônus argumentativo. Ou seja, tem-se aqui somente uma presunção relativa de não ofensa tomando-se como base a concepção coletiva, mas que por óbvio pode ser refutada pela parte desde que a mesma demonstre concretamente a ofensa à sua dignidade.

Por último, pode ser estabelecido um terceiro tipo de fatos. Esses fatos, conforme se entende, são caracterizados pelo reconhecimento coletivo da invasão da privacidade na divulgação dos mesmos. Trata-se de fatos em que cuja publicização ultrajante à pessoa através de uma perspectiva social. Desta forma, a sua divulgação, a princípio, seria vedada pelo ordenamento jurídico. A única forma de superar o obstáculo referente à publicização desses fatos violadores da privacidade seria o próprio consentimento dos supostos ofendidos.

Trazendo-se a questão dos fatos para a seara das biografias, mais uma vez, entende-se que, a partir do momento em que a mesma é compreendida como um conjunto de fatos relacionados à vida de uma pessoa haverá que se verificar no momento de sua elaboração a possibilidade de divulgação dos fatos por meio das três esferas factuais propostas. Ressalta-se, no entanto, que o juízo acerca dos fatos não deve ser feito somente em relação à pessoa do biografado, mas sim, de todos supostos ofendidos pela divulgação da informação. Desta forma, tem-se resguardado conjuntamente o direito à dignidade da pessoa humana dos relatados e o direito de liberdade de expressão e comunicação.

Considerando que personalidade jurídica termina com a morte, em se tratando de biografados falecidos, poderão surgir indagações acerca da eventual tutela da personalidade do *de cuius*. Nesse caso, especificamente, tem-se destacada a posição de Moraes (2013), para quem:

Se ponderarmos adequadamente os interesses em jogo veremos que há uma maneira relativamente simples de equacionar a questão – em particular, um marco temporal, recurso tantas vezes empregado pelo legislador para pacificar questões igualmente controversas: a duração da vida do biografado. De fato, não é difícil compreender que a violação à privacidade, à honra ou à imagem da pessoa só ocorre durante a sua vida; após a morte, pode haver outras espécies de danos mais ou menos relacionadas à pessoa, mas a direitos fundamentais da personalidade (já extinta) não serão. Além disso, a morte parece ser um termo muito claro: se não há interesse social relevante na publicação de fofocas e de detalhes picantes da vida das pessoas enquanto elas estiverem vivas, a tendência é que com a morte da pessoa sua perspectiva diante da História, se é este o fundamento que se quer proteger, poderá ser muito mais bem avaliada.

Segundo a autora, como o momento de término da personalidade jurídica é a cessação da vida, não há que se cogitar eventual ofensa a direito da personalidade do *de cuius* em caso de exposição relativa ao falecido. O que se pode cogitar, no entanto, é o dano reflexo (“em ricochete”) aos herdeiros. Seria deles o

direito a legitimidade para pleitear, em nome próprio, eventuais providências em razão de lesão por via reflexa à sua própria personalidade. Trata-se de interpretação do parágrafo único do artigo 12 da lei nº 10.406 (BRASIL, 2002).

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Constata-se, desta forma, a desnecessidade de autorização prévia para a exposição de biografias no que tange aos fatos referentes aos falecidos observa a mesma regra proposta acerca da violação dos direitos da personalidade. Ocorre que, conforme exposto alhures, aqui não se trata de uma tutela própria da personalidade do *de cujos*, mas sim, deve-se observar eventual ofensa ao direito do suposto ofendido em decorrência da exposição de informações acerca do falecido. Por óbvio, a necessidade de autorização neste caso também dependerá do que já foi falado acerca da potencialidade lesiva dos da exposição de fatos à esfera individual.

CONCLUSÃO

Conforme visto em sede deste trabalho, com o surgimento do Pós-Positivismo Jurídico tem-se verdadeira quebra de paradigma na seara jurídica. O Direito enquanto ciência hermeticamente fechada baseada em estrutura unicamente formal, não se torna suficiente para a garantia da justiça material. Desta forma, emerge a doutrina pós-positivista com a proposta de realocação do centro da ciência jurídica à garantia de direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Além disso, acaba por reconhecer natureza normativa aos princípios e reconhecer a natureza dialética do pensar jurídico com as ciências afins como a Moral, a Filosofia, a Sociologia, a Antropologia, etc.

Essa quebra de paradigma acerca do pensar jurídico, por óbvio, acaba impactando a própria estrutura interna dos institutos jurídicos. Escolas como a do Direito Civil-Constitucional e doutrinas como o Neoconstitucionalismo acabam por ganhar enorme prestígio. A clássica divisão romana entre o Direito Público e o Direito Privado tem que ser revista em razão do aumento da importância da Constituição dentro do ordenamento jurídico.

É justamente através desse viés e utilizando como lente hermenêutica o marco teórico proposto, é que se deve partir para a análise das biografias não autorizadas. Mas, antes, em razão da complexidade do tema, achou-se por bem debruçar em conceito pormenorizado das mesmas perante a teoria dos fatos jurídicos. Desta forma, na esteira dos ensinamentos de Reale (2011) e Betti (2008) acerca do conceito de fato jurídico, pode-se conceituar as biografias como a exposição de fatos jurídicos cujo fio heurístico é justamente a vida de uma determinada pessoa. Por óbvio, ressaltou-se que a temática das biografias envolve colisão de direitos fundamentais e, portanto, é questão complexa a ser analisada.

No terceiro tópico desta pesquisa achou-se por bem expor a essência das liberdades que permitem a exposição biográfica. Para tanto, em primeiro momento, achou-se por bem delimitar o conceito de liberdade de expressão e de comunicação. Posteriormente passou-se para abordagem doutrinária, jurisprudencial e normativa acerca do instituto. Desta forma, pode-se verificar o embasamento jurídico favorável à exposição da mesma.

Em um quarto tópico preocupou-se com a ofensa das biografias não autorizadas aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais. Para isso, primeiramente para fins de refinamento teórico debruçou-se na análise da natureza jurídica desses institutos, mormente através das teorias do direito civil-constitucional e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que vem sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde 2002. Nessa esteira, passou-se para a análise da suposta ofensa aos direitos à privacidade, à honra e à imagem. Destaca-se que a análise de todos esses direitos também foi feita através do prisma doutrinário, jurisprudencial e legal. Em alguns casos, quando necessário, utilizou-se de cases advindos do direito comparado para explicar os contornos e o reconhecimento nos ordenamentos jurídico alienígenas desses direitos.

Ainda no quarto tópico, passou-se à análise do chamado direito ao esquecimento que vem sendo reconhecido a partir do famoso caso Lebach. Na jurisprudência pátria, inclusive, foi reconhecido pelo STJ nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi. A própria União Européia previu, este ano, o direito ao esquecimento no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu do Conselho de 27 de abril de 2016.

Feitos esses apontamentos passou-se para a análise da ADIN 4815 (BRASIL, 2012), em que se tratou especificamente da temática relativa às biografias não autorizadas através da argüição da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Nessa esteira, fora convocada com base no artigo 9º da lei 9.868/99 audiência pública para tratar do tema. Analisou-se aqui, os principais problemas trazidos por ambos os lados no debate e os argumentos presentes nos votos dos ministros.

Por fim, feito este apanhado geral acerca do estado da arte relativo ao instituto das biografias não autorizadas, passou-se para o caráter construtivo deste trabalho. Através de reflexão do tema sobre o viés da teoria dos fatos e do marco teórico proposto analisou-se a posição de direito preferencial referente ao direito de liberdade de expressão trazida pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, constatou-se que não há que se cogitar certa supremacia do direito de liberdade de expressão frente à dignidade da pessoa humana, já que esta é o verdadeiro epicentro do ordenamento jurídico. E, a partir disso foram propostos certos *standards* interpretativos acerca da temática referente à necessidade de autorização de exposição das biografias não autorizadas.

Primeiramente, notou-se que alguns fatos jurídicos recebem o status de fatos públicos pelo próprio ordenamento jurídico, como por exemplo, os presentes nos artigos 9º e 10º da Lei 10.406 (2002). Estes, portanto, já gozam intrinsecamente de publicidade e, portanto, a sua divulgação dentro dos limites da razoabilidade através da liberdade de expressão e de comunicação não deve ser vedada.

Salientou-se, ainda, uma segunda espécie de fatos em que mesmo sendo referentes à pessoa e que a sua divulgação não ofenderia privacidade e os direitos da personalidade da mesma. Para tanto, utilizou-se do conceito de privacidade proposto por Bilder (1991) que considera que o mesmo não está relacionado ao isolamento do indivíduo, como propõe Warren e Brandels (1890), mas sim ao respeito à pessoa. Desta forma, torna-se possível a divulgação de fatos íntimos desde que não ofendam a dignidade do biografado.

Nessa esteira, passou-se para a análise da dignidade através de duplo conceito: coletivo e subjetivo. No primeiro está presente a concepção social acerca da ofensividade do ato à dignidade do indivíduo. Já para a segunda está relacionada à própria ofensa da divulgação para o indivíduo. Desta forma, propôs-se que desnecessidade de autorização para exposição de fatos relativos às biografias não autorizadas quando estes não ofendam a dignidade através de uma perspectiva coletiva. Por óbvio, trata-se de presunção relativa, podendo ser refutada quando o indivíduo provar que aquele ato torna-se ofensivo a sua dignidade.

Como terceira espécie de fatos passíveis de presença nas biografias são os chamados atos privados, ofensivos à concepção à dignidade da pessoa em um sentido coletivo. Para tais fatos, torna-se indispensável à autorização do biografado para a sua exposição.

Destaca-se que se salientou ainda no que tange à ofensa à dignidade do *de cuius* não há que se cogitar tutela dos direitos especificamente do mesmo. No entanto, para os herdeiros vivos pode cogitar o dano reflexo (“em ricochete”) aos mesmos, na esteira de Moraes (2013). Seria deles o direito a legitimidade para pleitear, em nome próprio, eventuais providências em razão de lesão por via reflexa à sua própria personalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva, 2ª ed., São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica*. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 2. 12ªed. Editora Saraiva: São Paulo 2012.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2008. Servanda Editora: Campinas/SP.

BILDER, Mary Sarah. *The Shrinking Back: The Law of Biography*. *Stanford Law Review*, p. 299-360, 1991.

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.

BRASIL. Emenda constitucional (1969). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 15/07/2016

BRASIL. Lei 10.406. Código Civil (2002). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15/07/2016

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848. Código Penal (1940). *Constituição da República Federativa do Brasil*. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15/07/2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 67, p. 129-223, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm; *Direitos fundamentais e Direito Privado* Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CEPIK, Marco. *Direito à informação: situação legal e desafios*. Informática Pública, v. 2, n. 2, p. 43-56, 2000.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 67, p. 45-75, 1972.

DE MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para ‘a construção da subjetividade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 12, n. 1, 2012.

DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, 2014.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Delgado, Mário Luiz Delgado. *Codificação, descodificação, recodificação do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOS SANTOS CASTILHO, Ricardo; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. *Direitos da Personalidade e Liberdade de Expressão: O Julgamento no STF Sobre a Constitucionalidade das Biografias não Autorizadas (ADI 4815/DF)*. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 16, n. 1, p. 49-72, 2016.

DOS SANTOS CAVALCANTI, Anna Emanuella Nelson et al. Biografias não autorizadas: Uma discussão inócua no Brasil?. *Revista FIDES*, v. 5, n. 2, 2014.

ERNST, Wolfgang. *Escritos sobre los derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Manéndez. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden. 1993.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no código civil*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2007

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. 2001.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao pós-positivismo: o Atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em: <<
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>>
Acesso em 06/06/2016.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Editora: Saraiva, 2008.

FRANÇOIS, O. S. T. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru, Edusc, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Editora Líder, 2007

Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. <<Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>> acesso em 05/07/2016.

LOUREIRO, Henrique Vergueiro. *Direito à imagem*. São Paulo: s, n. 2005, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. trad. Armindo Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. *A força normativa da Constituição*. SA Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. id/496854, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. _____. *Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas*. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 16ª ed. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro; DE CICCIO, Cristina. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso: em 07/07/2016

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 41-51

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. *Diálogos sobre direito civil*, v. 2, p. 1, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*. Conforme a Constituição da República, v. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas *metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de direito civil, v. 3, p. 01-22, 1999.

VENDRUSCOLO, Weslei. *Direito à própria imagem e sua proteção jurídica*. 2008.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. 2010. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas.

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

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard law review, p. 193-220, 1890.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. trad. Marina Gascón, Torino: Editorial Trotta, 2011.