

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INTIMIDADE E AS BIOGRAFIAS NÃO
AUTORIZADAS**

Thaís Martins Ferreira

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INTIMIDADE E AS BIOGRAFIAS NÃO
AUTORIZADAS**

Thaís Martins Ferreira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Fernando Batistuzo Gurgel Martins.

Presidente Prudente/SP

2018

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À INTIMIDADE E AS BIOGRAFIAS NÃO
AUTORIZADAS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador - Fernando Batistuzo Gurgel Martins

Examinador – Florestan Rodrigo do Prado

Examinadora – Dirce Felipin Nardin

Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-las.

Evelyn Beatrice Hall

Dedico o presente trabalho, de maneira especial, aos meus pais e à Letícia, esteios da minha vida. E também a todos aqueles que compartilham do sonho de um dia vivenciar a justiça plena e a equidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Fernanda e Edson, e à Letícia, que tanto me apoiaram durante esta e outras jornadas que trilhei, e por todo o carinho, confiança e incentivo, que nunca deixaram faltar, mesmo nos piores dias. Obrigada por não desistirem de mim apesar de tudo.

A toda a minha família, que sempre me apoiou e esteve comigo.

Agradeço, ainda, àqueles que, muito provavelmente sem sequer terem consciência do quanto me inspiraram, me encorajaram a seguir os caminhos do Direito, de maneira especial à minha mãe Fernanda e ao Prof. Rogério J. Silva. Muito do que hoje vivo, mormente minha vida acadêmica, devo aos dois, sem os quais eu provavelmente não teria escolhido esta ciência hoje por mim tão amada.

Agradeço também aos meus amigos.

A Deus, minha força e sustentação.

Agradeço também imensamente ao meu orientador, Prof. Fernando Batistuzo Gurgel Martins, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos de forma tão didática, leal e esperançosa, e por me encorajar na escolha desse tema. E também aos meus examinadores, Professor Florestan Rodrigo do Prado e Dra. Dirce Felipin Nardin, pessoas a quem tanto admiro, por aceitarem o convite para serem examinadores na apresentação deste trabalho, me deixando muito honrada e lisonjeada.

Ao Centro Universitário Toledo Prudente e todos os seus funcionários e professores, por me propiciarem uma maravilhosa jornada.

E a tantas outras pessoas que, embora aqui não mencionadas, também contribuíram de forma fundamental.

Eu jamais conseguiria sozinha. Muito obrigada a todos.

RESUMO

O presente trabalho, através do método dedutivo e levantamento biográfico, inicialmente visa alcançar definições precisas para os direitos fundamentais e os princípios, com o fito de evidenciar suas principais características, bem como sua evolução histórica e natureza jurídica. Nesse esteio, analisa-se, ainda, a eficácia dos direitos fundamentais, em suas formas vertical e horizontal, a fim de contextualizar a posterior análise acerca da publicação de biografias não autorizadas. Posteriormente, realiza-se exame conceitual dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à intimidade, passando por sua natureza jurídica e previsão legal, a fim de contextualiza-los no ordenamento jurídico brasileiro, propiciando uma melhor assimilação acerca de sua aplicação nos casos concretos. Além disso, busca-se apreciar a colisão de direitos fundamentais e seu modo de solução peculiar através do princípio da proporcionalidade e técnica da ponderação, diverso dos utilizados em conflitos de regras propriamente ditas, em razão do fato de serem normas principiológicas, ou seja, dotadas de valores morais importantes assim como os princípios. Por fim, explora-se o tema central do presente estudo, qual seja as biografias não autorizadas, através da apresentação de conceito de tal gênero biográfico e contextualização das censuras à sua publicação, bem como estudo de casos concretos e decisões judiciais. Foi avaliada também a ADIN nº 4.815, julgada pelo STF no ano de 2015, a qual versa sobre o tema das biografias não autorizadas. O trabalho alcança por meio de seu desenvolvimento de forma crítica, conclusão no sentido de que não se admite, hodiernamente, qualquer espécie de censura, mormente em razão dos anos sombrios vivenciados em nosso país poucas décadas atrás, após os quais foi editada a nossa Constituição, que tanto busca privilegiar a liberdade de expressão a qualquer custo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil Constitucional. Direitos Fundamentais. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Colisão de Direitos Fundamentais. Biografias Não Autorizadas.

ABSTRACT

The present work, through the deductive method and biographical survey, firstly aims to reach the precise definition for the fundamental rights and its principles, with the purpose to highlight its main characteristics, as well as its historical evolution and legal nature. In this regard, the effectiveness of fundamental rights in their vertical and horizontal forms is also analyzed in order to contextualize the subsequent analysis of the publication of unauthorized biographies. Therefore, a conceptual examination of the fundamental rights to freedom of expression and intimacy is going to be carried out, through its legal nature and legal provision, for the purpose of contextualizing them in the Brazilian legal system, providing a better assimilation about its application in concrete cases. Furthermore, the work also seeks to appraise the collision of fundamental rights and its peculiar way of solving through the principle of proportionality and technique of weighting, different from those used in actual conflicts of rules, in reason of being principological rules, in other words, endowed with important moral values as well as the principles. Finally, it'll be explored the central aim of the present work, which is the unauthorized biographies, through the demonstration of the concept of such biographical genre and the contextualization of censorship to its publication, as well as the study of concrete cases and judicial decisions. It was also studied the ADIN nº 4.815, judged by the Supreme Court in the year of 2015, that refers to the subject of unauthorized biographies. The work reaches, in a critical way, a conclusion through its development in the sense that, no matter what kind of censorship, it is nowadays prohibited, due to the dark years experienced in our country a few decades ago, after which our Constitution was edited, which seeks to privilege freedom of expression at any cost.

Keywords: Constitutional Right. Civil and Constitutional Right. Fundamental Rights. Effectiveness of Fundamental Rights. Collision of Fundamental Rights. Unauthorized Biographies.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS PRINCÍPIOS	12
2.1 Definição e Distinções Quanto às Regras	12
2.2 Natureza Jurídica	16
2.3 Histórico	17
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3.1 Conceito	20
3.2 Previsão Legal e Natureza Jurídica.....	22
3.3 Prospecção Histórica	23
3.4 Gerações ou Dimensões de Direito e Principais Diplomas	25
3.4.1 Primeira dimensão	25
3.4.2 Segunda dimensão	28
3.4.3 Terceira dimensão.....	30
3.4.4 Quarta dimensão.....	32
3.4.5 Quinta dimensão	33
3.4.6 Sexta dimensão.....	34
4 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
4.1 Eficácia vertical	35
4.2 Eficácia horizontal	37
4.2.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais (<i>mittelbare Drittwirkung</i>).....	38
4.2.2 Teoria da eficácia imediata ou direta (<i>unmittelbare Drittwirkung</i>).....	39
5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE	41
5.1 Direito à Intimidade	41
5.1.1 Conceito	42
5.1.2 Natureza jurídica e previsão legal	43
5.1.3 Das limitações	44
5.2 Direito à Liberdade de Expressão	45
5.2.1 Conceito	46
5.2.2 Natureza jurídica e previsão legal	48
5.2.3 Limitações ao direito à liberdade de expressão	49
6 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
6.1. Princípio da proporcionalidade	52
6.1.1 Utilização da técnica da ponderação.....	53
7 DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS	55
7.1 Do Gênero Literário Biografia.....	55
7.2. Da Proibição à Sua Publicação	57
7.3 Casos Concretos.....	58

7.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815	61
8 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

O atual trabalho buscou analisar criticamente a colisão de direitos fundamentais que concerne o tema da publicação das biografias não autorizadas. A pesquisa passou pelo estudo dos princípios e dos direitos fundamentais propriamente ditos, e envolveu estudos conceituais, prospecção histórica e casos concretos, bem como pelas eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

O tema abordado é de suma importância, especialmente nos dias atuais, haja vista que os direitos fundamentais têm protagonizado colisões nas mais diversas esferas da vida em sociedade. A colisão ocorrida no contexto aqui analisado foi protagonizada pelos mais diversos indivíduos e, inclusive, levada até o Supremo Tribunal Federal, cuja decisão, de certa forma, abriu precedentes.

Assim, objetivou-se, através da pesquisa bibliográfica e do estudo de casos concretos, a compreensão dos fatores envolvidos na colisão entre os direitos à liberdade de expressão e à intimidade, a fim de apresentar formas de dirimi-lo.

O presente estudo foi desenvolvido, inicialmente, tomando por base as definições, natureza jurídica e evolução histórica dos direitos fundamentais e dos princípios, bem como realizando crítica análise acerca das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, a fim de melhor compreender sua inserção no âmbito particular.

Em um segundo momento, analisou-se a colisão de direitos fundamentais e o caráter peculiar do método utilizado para solucioná-la, diverso dos critérios comuns utilizados em caso de antinomia, o que ocorre em razão de se tratar de direitos norteados por princípios.

Ainda, foram examinados os direitos fundamentais em espécie, mais precisamente os direitos à intimidade e à liberdade de expressão, direitos que, no caso em tela, protagonizam importante colisão.

Os métodos científicos utilizados foram o dedutivo e o levantamento bibliográfico e, dessa forma, foi possível analisar de forma crítica os temas abordados no presente trabalho.

Foi analisado conceito do gênero literário biográfico, bem como as proibições às publicações de modo geral, tendo em vista que não se deve admitir qualquer espécie de censura no Brasil atualmente.

Foram apresentados alguns casos concretos com o objetivo de melhor compreender o tema em apreço e sua aplicação cotidiana, a qual consiste na principal razão pela qual o tema foi escolhido para nortear o presente estudo, haja vista sua importância tanto teórica como prática, além da importância de tal gênero literário para pesquisas históricas.

Destarte, foi possível conceber as bases do intenso conflito em voga atualmente no que tange a publicação de biografias não autorizadas, objeto do presente estudo, apresentando as razões pelas quais existem tantas divergências acerca do tema. Analisou-se, ainda, casos concretos, além da ADIN nº 4.815, julgada pelo C. STF, da qual foi relatora a Ministra Carmen Lúcia, no ano de 2015, cujos argumentos tiveram importância substancial para a existência de uma discussão aprofundada acerca do tema, bem como para a conclusão do presente trabalho.

2 DOS PRINCÍPIOS

Inicialmente, deve ser realizada análise dos princípios, tema de suma importância para o desenvolvimento do presente estudo, eis que norteiam os direitos fundamentais e sua aplicação. Assim, realizar-se-á análise acerca de tal instituto, passando por sua evolução histórica e efetuar importante diferenciação destes com relação às regras, a fim de melhor conceitua-los.

2.1 Definição e Distinções Quanto às Regras

Necessário se faz conceituar os princípios para melhor compreendê-los e, ainda, para que sua diferenciação com relação às regras seja considerada tarefa um pouco mais simples.

A princípio, ao pensar na definição de princípios, pensa-se na ideia de “mandamentos nucleares de um sistema”. Nas palavras de Angel Latorre (2002, p. 87):

Tanto as normas como os princípios são gerais, mas uma norma jurídica estabelece-se para um número indeterminado de actos ou de factos e só rege para esses actos e factos. Um princípio, pelo contrário, comporta uma série indefinida de aplicações. Pode-se dizer-se, assim, que as regras jurídicas são aplicações dos princípios, a não ser que estabeleçam excepções a eles. Os princípios são, por consequência, os próprios fundamentos do sistema jurídico a partir dos quais se constrói todo o conjunto das normas.

No entanto, não há como negar que o conceito de princípios é ainda mais amplo, de tal modo que se faz necessário diferenciá-los das regras, senão vejamos:

Alguns dos autores que mais contribuíram para a definição de princípios, bem como para o estabelecimento da diferença entre estes e as regras foram Karl Larenz, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

Em seus estudos, Larenz em muito auxiliou na diferenciação entre as estruturas dos princípios e das regras. Assim, segundo Larenz (1991 apud Ávila,

2013, p. 43-44), conclui-se que o dispositivo da regra prevê o preceito primário e o preceito secundário, ou seja, o acontecimento ou comportamento no mundo dos fatos previsto de forma abstrata na lei, o qual terá como consequência jurídica o preceito secundário quando de sua ocorrência. Exemplo disso é o disposto no art. 2º do Código Civil, o qual reza que se a pessoa nascer com vida (preceito primário), adquirirá personalidade civil (preceito secundário). Já os princípios, diversamente, são estabelecidos de forma genérica, como, por exemplo, no caso do princípio do contraditório, presente no art. 5º, LV da Constituição federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dworkin (2002, p.39), por sua vez, distinguiu princípios e regras por meio do modo como realizam sua incidência em um conflito normativo. Assim, segundo seu pensamento, as regras, tendo seus dispositivos pautados na estrutura hipotético-condicional (com os preceitos primário e secundário), incidiriam de forma completa ou não incidiriam, ou seja, não haveria incidência parcial, seria seguida a lógica do “tudo ou nada”. Por outro lado, em caso de colisão entre princípios, ainda segundo Dworkin (2002, p. 42), “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. Aqui, cumpre também mencionar o ensinamento de Christine Oliveira Peter da Silva (2005, p. 52):

A diferença entre regras e princípios apresenta-se clara quando as regras entram em conflito ou os princípios entram em colisão entre si, no que tange à forma de solução. Alexy explica que a terminologia “conflito” (para regras) e “colisão” (para princípios) por ele proposta pretende expressar que, não obstante os importantes aspectos que têm em comum, as colisões de princípios e os conflitos de regras são fundamentalmente diferentes.

Alexy (1993, p. 88-89), em desenvolvimento à tese de Dworkin, introduziu a técnica da ponderação, utilizada em caso de conflito entre princípios, segundo a qual um dos princípios conflitantes deveria ceder para que o outro fosse aplicado sem, no entanto, ser considerado invalidado. No caso de conflito entre duas normas, de forma diversa, uma delas obrigatoriamente invalidaria a outra, excepcionando-se somente a possibilidade de introdução de uma terceira norma que resolvesse o conflito (cláusula de exceção). Assim, a distinção para Alexy (1993, p. 38) se daria não só na colisão, mas também diante da densidade normativa, pois as

normas são absolutas e os princípios, relativos ou relativizáveis em determinados casos concretos.

Humberto Ávila publicou, em 2003, um estudo no qual tece críticas aos parâmetros apontados acima, veiculando nova concepção sobre a distinção entre princípios e regras. Basicamente, estabelece que da interpretação de uma norma pode-se extrair um princípio ou uma regra (2013, p. 30). Assim, suas críticas são, basicamente, as seguintes (2006, p. 40-53):

- a) A inconsistência do método de diferenciação de princípios e regras por meio da estrutura de seus dispositivos, já que através da interpretação de um texto normativo seria possível extrair um princípio ou uma regra;
- b) Seria possível a aplicação da técnica da ponderação também em um conflito de normas, de modo que poderia, sim, haver colisão entre regras sem a invalidação de uma delas, ou seja, sem sua exclusão do sistema.
- c) A ideia de que as regras incidem pela lógica do “tudo ou nada” seria inconsistente – o que foi, inclusive, reconhecido pelo STF no julgamento do HC 77.003-4, ao deixar de aplicar a regra que exigia concurso público para a admissão de servidores, sem que ela fosse invalidada e sem que houvesse outra regra tratando do assunto;

Deste modo, após tais ferrenhas críticas realizadas à melhor doutrina sobre o tema, Ávila propôs sua definição das espécies normativas, a qual é importantíssima para o estudo dos princípios.

Os princípios, para Ávila (2013, p. 85), propõem um estado ideal de coisas, sendo normas imediatamente finalísticas, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas. Ora, o princípio, então, estabelece um fim a ser atingido, sendo omisso quanto ao modo como fazê-lo, e as regras, por seu turno, exigem a adoção de determinada conduta para atingir um fim, ou seja, o legislador é quem escolhe os meios a serem adotados.

Desta feita, acredita-se, hodiernamente, que o pensamento deste último melhor reflete o conceito de princípios e regras, senão observa-se (2013, p. 85):

[...] regras são normas imediatamente descritivas, primariamente respectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

[...]

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (grifo do autor)

Na esteira de adequadamente definir princípios, tem-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 817-818):

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Dessarte, é possível dizer que princípios não são normas descritivas, mas sim normas que apontam para um estado ideal a ser atingido, sem indicar as condutas a serem adotadas. Conforme ensina Roque Antonio Carrazza (1997, p. 31):

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Nesse diapasão, para Marcelo Harger, princípios são (2001, p. 16):

[...] normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.

No entanto, para Robert Alexy (2002, p. 81):

Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A

tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sinella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.¹

Assim, tem-se que diversos autores, ao apresentarem conceito de princípios, consideram critérios como o da fundamentalidade, por exemplo, ao afirmarem que se tratam dos mandamentos nucleares de um sistema. No entanto, conforme o trecho acima transcrito, Alexy leva em consideração a estrutura da norma.

Desta feita, é possível aferir que princípios são normas finalísticas que apontam para um estado ideal de coisas, sem, no entanto, indicar os meios a serem adotados para tanto. As regras, por sua vez, são normas descritivas que padronizam comportamentos. Além disso, os princípios convivem paralelamente entre si, de sorte que a existência de um não exclui ou afeta a de outro, ainda que, em caso de colisão entre eles, um seja aplicado no caso em concreto em detrimento de outro.

2.2 Natureza Jurídica

A fonte principal do direito é a lei. No entanto, esta afirmação não obsta a existência de outras fontes, quais sejam a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios.

¹Até agora, o que interessava era o conceito da norma de direito fundamental ou iusfundamental. Agora há que se considerar sua estrutura. Para esse fim, podem levar em conta numerosas distinções teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante é a distinção entre regras e princípios. Ela constitui a base da fundamentação iusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e muito menos uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico. É um elemento básico não somente da dogmática dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, senão também dos direitos de proteção, organização e procedimento e a prestação em sentido estricto. (tradução da autora)

Os princípios são uma espécie de norma jurídica. Isso porque são juízos extraídos de alguns textos normativos. Nas palavras de Humberto Ávila (2013, p. 30):

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas.

Dessa maneira, tratam-se de enunciados essenciais para a compreensão das normas que compõem o ordenamento jurídico. São considerados fundamentais no sistema das fontes do Direito, ou seja, possuem caráter medular.

Nesse sentido, princípios são enunciados universais que remedeiam o entendimento das normas jurídicas para que elas sejam corretamente aplicadas, bem como interpretadas e integradas. Ainda, os princípios auxiliam também na elaboração de novas normas.

Possuem, portanto, natureza jurídica de norma. Isso porque, segundo Humberto Ávila (2013, p. 33), “normas não são textos, nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”, de maneira que a partir de textos normativos, podem ser extraídos tanto regras quanto princípios.

2.3 Histórico

Ao longo da história foram criados inúmeros princípios, os quais tinham como objetivo nortear o Estado de Direito, e eram observados em diversas Constituições existentes no mundo, por definirem estruturas basilares e fundamentos.

A Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América influenciaram diretamente na história dos princípios.

No Brasil, durante o século XIX, havia grande oposição quanto à elaboração de uma Constituição, haja vista que o governante era um rei que fazia suas próprias leis. Com o decorrer dos anos, tivemos sete constituições que

mudaram a história do país e foi a partir delas que os princípios que hoje representam a base do Estado Democrático de Direito Brasileiro foram implantados.

No passado, os princípios possuíam papel diferente do que possuem atualmente, uma vez que não eram dotados de força normativa, não vinculavam. Desse modo, era impensável, por exemplo, a ocorrência de um julgamento baseado somente em princípios, os quais eram considerados mera carga de boas intenções. Em tempos de outrora, portanto, somente detinham valia as regras propriamente ditas.

Importante exemplo do papel secundário emprestado aos princípios é o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prevê que os princípios seriam um dos métodos de integração do Direito: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Tal modelo essencialmente positivista privilegiava a segurança jurídica, de modo que o poder vinculante dos princípios era quase nulo, tendo somente as regras normas efetividade jurídica naquele ponto da história.

Com o advento do pós-positivismo, marco do neoconstitucionalismo, no entanto, entendeu-se, em síntese, que as leis (regras) nem sempre são capazes de regulamentar a dinamicidade dos fenômenos da vida, de modo que os princípios deixaram seu papel subsidiário para assumir o centro do sistema jurídico, norteando a aplicação das regras, bem como sua criação.

Importantíssimo o ensinamento de Luis Roberto Barroso nesse sentido (2009, p. 208-209):

[...] o principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Não transferiram, portanto, competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica – porque nunca é –, não envolverá maior criatividade ou subjetividade. Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica. Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns.

Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

Logo, é possível afirmar que outrora os princípios possuíam aplicação subsidiária, não sendo sequer considerados normas. Atualmente, todavia, eles são considerados normas, e têm papel até mais fundamental do que o das regras, de modo que chegamos ao outro extremo. À vista disso, hoje, diversamente do que ocorria tempos atrás, é plenamente possível que um juiz julgue um caso somente com base em princípios, por exemplo.

Dessa forma, tem-se que no Brasil, nos últimos anos, o papel dos princípios em muito se alterou, visto que hoje possuem força vinculante de tal modo que, por vezes, estão inclusive acima das regras. O professor Lênio Streck, autor do texto “O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto” (2012, n.p.), afirma que hoje vivemos em um “pan-principiologismo”.

Conclui-se que resta evidente a intensa alteração sofrida pelo papel dos princípios nas últimas décadas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que anteriormente eles eram considerados subsidiariamente e, nos dias atuais são dotados de força vinculante estando, por vezes, acima até das regras propriamente ditas.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que o presente estudo surta os efeitos esperados, é necessário que se faça profunda análise acerca de alguns aspectos dos direitos fundamentais, buscando suas origens históricas e analisando suas dimensões, com o fim de melhor conceituá-los.

3.1 Conceito

Inicialmente, para garantir o aprofundamento do presente estudo, é imprescindível a realização de ampla análise acerca do conceito de direitos fundamentais.

Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2014, p. 153):

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Ainda, consoante ensinamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, P. 41):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Já nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.36):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua

dimensão como direito fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.

E para George Marmelstein (2013, p. 20):

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Ainda, para o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 369):

Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Como se depreende, para o citado autor, os direitos do homem são aqueles inerentes a todos, sem limitação espaço-temporal, enquanto os direitos fundamentais são esses mesmos direitos juridicamente garantidos, positivados, com limitação espaço-temporal.

Destarte, é possível concluir que os direitos fundamentais possuem como principais elementos intrínsecos sua positivação na Carta Magna, o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e, por último, a defesa da liberdade individual frente ao exercício do poder estatal.

Conclui-se, portanto, que a supremacia dos direitos fundamentais aumenta ainda mais a sua força normativa, o que reforça sua efetivação.

Ainda, com base nos conceitos anteriormente colacionados, é possível afirmar que os direitos fundamentais legitimam todo o ordenamento jurídico. Isso porque tais direitos constituem um agrupamento de valores que influencia diretamente a interpretação das normas jurídicas, ou seja, as normas devem ser interpretadas de acordo com os direitos fundamentais.

3.2 Previsão Legal e Natureza Jurídica

Necessário destacar, primeiramente, que na primeira dimensão dos direitos fundamentais, a qual remete à concepção original desse instituto, eles voltavam-se tão somente contra o Estado (vinculação ou eficácia vertical de direitos fundamentais). No entanto, posteriormente entendeu-se que tais direitos eram, da mesma forma, exercitáveis contra particulares.

Cumprir diferenciar os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos, pois frequentemente se confundem. A diferença é muito simples: enquanto estes aspiram à validade universal, aqueles possuem validade dependente de sua posituação em um determinado ordenamento jurídico, conforme brilhante lição de Canotilho (2002, p. 369) supra colacionada.

Importante salientar que o ordenamento jurídico engloba, além das normas, princípios que incorporam valores morais, de ética e justiça, os quais servem como suporte para a estrutura do sistema jurídico.

Os direitos fundamentais surgiram como cláusulas pétreas, as quais são alicerces da Constituição Federal, imodificáveis, exceto pelo poder constituinte originário. Assim, os direitos e garantias fundamentais possuem natureza jurídica de norma positiva constitucional com eficácia plena e imediata.

Tais direitos, por possuírem diversas funções, possuem também inúmeras classificações, de acordo com sua eficácia e conteúdo. No entanto, eles não representam valores absolutos, podendo eventualmente entrar em conflito, o que evidencia tal característica, haja vista que, nesses casos, um dos direitos deverá ceder espaço para a aplicação do outro.

Nos dias de hoje, esses direitos se encontram tutelados pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, muito embora não se excluam outros presentes em outros dispositivos.

O legislador concedeu a esses direitos uma proteção especial, pois os tornou cláusulas pétreas, conforme acima mencionado. Por essa razão é que um direito, ao ser incluído no rol de direitos fundamentais, não pode sofrer emendas ou modificações de qualquer espécie e, da mesma forma, a emenda tendente a abolir

tal espécie de direito não será sequer objeto de deliberação. Nesse sentido, o artigo 60, §4º, IV da Constituição, que assim reza:

Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV- os direitos e garantias individuais.

Os direitos de personalidade, por sua vez, encontram assento no Código Civil de 2002, mais precisamente em seu Capítulo II, o qual engloba os artigos 11 a 21. Tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis segundo consta do artigo 11. Ainda, dentre outras determinações legais, o artigo 12 de traz a possibilidade de exigir que cesse ameaça ou lesão a direito de personalidade e, inclusive, reclamar perdas e danos e outras sanções legais.

3.3 Prospecção Histórica

Desde os primórdios da existência humana existe uma busca incessante por explicações para a ocorrência dos fenômenos naturais no mundo. Inicialmente, as explicações se resumiam ao sobrenatural, de sorte que surgiram diversas religiões, através das quais os homens imputavam tais fenômenos aos deuses. Inclusive a própria vida humana, nesse sentido, era guiada pelas vontades dos deuses, ou seja, acreditava-se que caso algo não ocorresse conforme os desejos desses seres superiores e divinos, a humanidade sofreria com diversas desgraças naturais.

No século VIII a.C iniciou-se o período axial, no qual foram abandonadas as explicações mitológicas, mormente em razão de se tratar do século de Homero, e também porque nele surgiram os profetas de Israel, aos quais se deve o pensamento monoteísta. Foi neste período que as explicações dos fenômenos deixaram de ser mitológicas e se tornaram filosóficas.

O período axial é de suma importância para a evolução histórica dos direitos humanos, já que foi a partir do desenvolvimento do pensamento racional que

surgiram, entre os anos 600 e 480 a.C, os princípios e foram estabelecidas as diretrizes fundamentais da vida. Segundo Fabio Konder Comparato (2010, p. 24) “Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.

Foi a partir deste período que se iniciou a análise dos seres humanos como seres munidos de razão e liberdade, ainda que extremamente diferentes entre si, especialmente no que tange sexo, religião, costumes e raça. Aqui se encontra o embrião intelectual da afirmação da existência de direitos universais, os quais o são porque inerentes à condição de pessoa humana.

Ainda assim, chama a atenção o fato de terem se passado aproximadamente vinte e cinco séculos desse período até que a introdução de uma Declaração Universal de Direitos Humanos trouxesse os dizeres: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Tal ideia nasceu acoplada à lei positivada, que surge como regra geral e uniforme, a qual se aplica a todos aqueles que vivem em uma determinada sociedade, ou seja, é válida para todos.

Conforme bem assevera Immanuel Kant no trecho adiante colacionado (1964, p. 32), todo ser humano possui dignidade, e esta não tem um preço, razão pela qual é diferente das coisas. Assim, a humanidade é uma espécie na qual cada indivíduo é insubstituível. Além disso, sustenta o filósofo alemão seu pensamento no fato de que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, e nunca um meio, da mesma forma que possui vontade racional e é guiado pela sua própria autonomia (1964, p. 28).

Conforme o ilustre filósofo supramencionado, de cuja obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes realizou brilhante tradução Antônio Pinto de Carvalho (1964, p. 32):

A razão refere assim toda máxima da vontade, concebida como legisladora universal, a toda outra vontade, e também a toda ação que o homem ponha para consigo: procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela idéia da dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio. No reino dos fins tudo tem um PREÇO ou uma DIGNIDADE. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.

Assim, tem-se que é por ser todo ser humano insubstituível e portador de um valor único que existe dignidade em todo indivíduo.

3.4 Gerações ou Dimensões de Direito e Principais Diplomas

A princípio, impende discorrer acerca dos termos geração e dimensão de direitos fundamentais. Isso porque ambos designam o mesmo, muito embora o primeiro dê margem a más interpretações, razão pela qual o segundo é mais aceito. Isto é, o termo geração nos induz à ideia de sucessão, o que é impensável no campo dos direitos fundamentais, tendo em vista que a consolidação dos direitos humanos ocorre de forma cumulativa.

Dessa forma, o termo dimensões soa mais adequado, já que o surgimento de novos direitos não importa na extinção dos anteriores, de sorte que não há sucessão de direitos, mas coexistência.

Pois bem, alguns dos mais importantes doutrinadores brasileiros que lecionam a respeito dessa matéria afirmam a existência de três gerações ou dimensões de direitos humanos fundamentais, classificação esta criada por Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos”, traduzida por Carlos Nelson Coutinho (2004, p. 09), os quais reúnem sinais do momento da história em que surgiram.

3.4.1 Primeira dimensão

A primeira dimensão de direitos engloba aqueles ligados à liberdade, sendo os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo, e que têm no Estado seu principal destinatário, já que representam atividade negativa deste, ou seja, buscam vedar a violação da esfera privada de cada indivíduo. Essa dimensão surgiu na queda do antigo regime, qual seja a monarquia absolutista. Aqui, a Europa se encontrava sob o governo de reis que possuíam o poder do Estado nas mãos e governavam de forma centralizada, de acordo com sua própria

vontade e de forma extremamente arbitrária. Esse modo de governo possuía lastro no divino, pois se acreditava ser o rei o representante de Deus na terra.

Celso Lafer (2006, p. 126) acerca do tema assim dispõe:

[...] são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo [...]

Segundo ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 41), no ano de 1215, na Inglaterra, sobreveio uma tentativa de restrição de tal poder absoluto, pois os barões se sentiram ameaçados pelo rei João Sem Terra, que levou seu reino a travar conflitos de interesse particular com o rei da França Felipe Augusto e até com a Igreja Católica. Assim, os barões iniciaram uma revolta armada e persuadiram o rei a assinar documento que enumerava diversos direitos que objetivavam limitar seus poderes e ampliar as liberdades individuais. Tal ocasião marca a primeira vez na história em que um rei foi obrigado a se render a uma lei editada por ele mesmo e, ainda, aceitar que o clero e a nobreza existiam independentemente de sua permissão. Esse documento é a chamada “*Magna Carta Libertatum*”, confirmada com pouquíssimas alterações por sete sucessores do rei que a assinou, e foi o primeiro “*Bill of Rights*” da história da humanidade.

Já em 1689, ainda segundo Sarlet (2012, p. 41), também na Inglaterra, sob o pálio da “Revolução Gloriosa” de 1688, foi promulgado pelo Parlamento o “*Bill of Rights*”, que entrou em vigor no reinado de Guilherme d’Orange. Nele os direitos assegurados aos cidadãos ingleses resultaram da limitação do poder do monarca e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa. Ainda, segundo o mesmo autor (2012, p. 43), os direitos e liberdades individuais, na Inglaterra da época, eram fundamentais, mas não constitucionais, pois não vinculavam o Parlamento, não sendo, portanto, supremos ou estáveis. Por esta razão, tal positivação de direitos não marca o nascimento dos direitos fundamentais como hoje conhecemos.

Sarlet (2012, p. 43) ressalta, ainda, que a doutrina diverge acerca do marco inicial dos direitos fundamentais, ficando entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. Contudo, a primeira é que marca a constitucionalização dos direitos fundamentais ingleses.

Assim, a declaração de independência dos EUA, proclamada em 4 de julho de 1776, foi o primeiro documento a trazer os princípios democráticos e, ainda, que reconheceu a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças existentes entre eles (raça, classe, credo, costumes, etc), ou seja, o caráter universal dos direitos fundamentais. Segundo Sarlet (2012, p. 43), o status constitucional adquirido por tais direitos foi consagrado posteriormente, em 1791, com a sua incorporação à Constituição. Nesse sentido lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 44):

Tudo isso revela que a construção da Constituição americana se deu mediante um processo que vai pelo menos de 1776 (declaração de Independência) até 1791 (incorporação de uma declaração de direitos ao texto da Constituição de 1787). Tal processo veio a ser consolidado posteriormente mediante, entre outros aspectos, a consolidação da noção de supremacia da Constituição, que será objeto de atenção logo adiante.

A declaração de independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, representantes da inauguração da democracia moderna, bem como a Revolução Francesa, desencadearam no mundo diversas transformações. A mais importante delas foi a solidificação do Estado liberal, o qual zela pelas liberdades individuais e limita a interferência do Estado na vida dos particulares.

Conforme leciona Sarlet (2012, p. 55), a Revolução Francesa, da qual é fruto a declaração supramencionada, de 1789, trouxe a famosa tríade dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, postulados que, separadamente, correspondem às três primeiras dimensões dos direitos fundamentais. Além disso, a revolução suprimiu desigualdades e consolidou liberdades individuais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 representa o rompimento com a monarquia absoluta e os privilégios feudais e, mais do que isso, foi o primeiro elemento constitucional do regime político que seria instaurado posteriormente. Tal documento firmou a soberania popular, haja vista que sua publicação ocorreu sem que o rei sancionasse, mas em pouco tempo reconheceu-se que as ideias expostas por Sieyès advieram diretamente da nação, a qual é poder constituinte, diversamente do monarca, que é mero constituído.

Nesse esteio, compreendeu-se, ainda, por meio desse documento, a ideia do princípio da legalidade e o direito à propriedade, muito importante para os interesses burgueses.

Paulo Bonavides (2006, p. 563-564) sobre esse tema leciona:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

[...]

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Destarte, os direitos fundamentais de primeira dimensão afastam o Estado das relações individuais, de sorte que os indivíduos podem exercitá-los de modo a resistir e se opor contra o Estado.

3.4.2 Segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão estão intimamente ligados ao valor igualdade, sendo os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e com caráter positivo, exigindo atuação do Estado. Essa dimensão surgiu, em suma, devido à crise do Estado liberal, com a ascensão do Estado do Bem Estar Social. Nas palavras de Sarlet (2012, p. 47): “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”

O mestre Paulo Bonavides, a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão assim doutrina (1993, p. 517):

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

À época da Revolução Francesa, a liberdade do homem era meramente formal, uma vez que ele dispunha de diversos direitos declarados, mas de nenhum instrumento de concretização. Isso, aliado a outros fatores, gerou

dominação econômica e social da parte burguesa sobre aqueles que possuíam tão somente a força de trabalho. Nesse momento, a classe trabalhadora protagonizou intenso êxodo rural já que os burgueses desejavam utilizar a terra para a produção de riquezas e não mais para a subsistência, de modo que a única alternativa restante era o trabalho nas fábricas que haviam surgido com o advento da Revolução Industrial.

Nesse contexto, em razão da abundância de mão de obra nas cidades e da falta de qualquer proteção, as condições de trabalho nas referidas fábricas eram desumanas, os salários baixos, as jornadas intensas e extensas e havia trabalho infantil. Isso passou a gerar revolta na classe trabalhadora em razão das péssimas condições às quais estavam submetidos.

O Estado não intervinha, pois era liberal, então passaram a surgir doutrinas que criticavam o Estado liberal nesse momento, tais como a anarquista e a comunista ou socialista, as quais pregavam de diferentes formas o fim do Estado vigente. Assim foi que se iniciou a crise do Estado liberal.

Nesse momento ocorre a ascensão do Estado do Bem Estar Social, o qual visava manter as liberdades, mas com alguma intervenção do Estado a fim de proteger os vulneráveis e concedê-los o necessário para atingir a liberdade. Ou seja, o Estado deveria intervir no sentido de assegurar a igualdade.

Nessa segunda dimensão, os documentos mais importantes são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, tidos como marcas do constitucionalismo social, das quais constam direitos sociais como os do trabalhador e à educação, os quais deveriam ser assegurados pelo Estado. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2006, p. 19):

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

Nesse sentido também a lição de Floriano Corrêa Vaz da Silva (1977, p. 35):

"[...] seria uma esquematização simplista a afirmação de que as Constituições do século XIX foram todas puramente liberais e as Constituições do século XX marcadamente sociais. Em quaisquer Constituições, nas mais diversas épocas, podem ser encontrados e pesquisados dispositivos concernentes à ordem social e econômica, cláusulas que explícita ou implicitamente definem o regime econômico-social pretendido pelos constituintes. A própria ausência de cláusulas sociais numa Constituição traduz a opção por determinado sistema. E esta ausência, é claro, não impede uma lenta construção jurisprudencial, nem emendas constitucionais, nem legislação ordinária – que irão, pouco a pouco, delinear, dentro do sistema constitucional, uma série de direitos sociais e trabalhistas, que passam a integrar o arcabouço econômico-social do país. De qualquer modo, o fato é que as Constituições do século XIX foram, de um modo geral, Constituições liberais [...] pouco ou nada diziam explicitamente quanto aos direitos sociais, limitando-se, quase sempre, apenas à organização política. Apenas em algumas Constituições surgem normas que se relacionam com o chamado problema social [...]". (grifo do autor)

Dessa forma, depreende-se que as Constituições nesse período compreendidas são essencialmente liberais. No entanto, algumas, de forma pioneira, já se posicionavam com relação aos direitos sociais, alavancando o advento da próxima dimensão de direitos.

3.4.3 Terceira dimensão

Essa dimensão está intimamente ligada aos direitos de fraternidade ou solidariedade, ou seja, os direitos difusos e coletivos, transindividuais, os quais não são inerentes à condição individual humana, mas sim a toda a coletividade. São direitos ao, meio ambiente e à comunicação, por exemplo.

Tal evolução dos direitos fundamentais foi fruto, essencialmente, da Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), em razão das crueldades nela observadas. Nesse diapasão, em 1948, a Organização das Nações Unidas criou um documento que protegia os direitos humanos, o qual era oponível a todos: A Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sobre ela, Norberto Bobbio (2004, p. 27-28) realiza a seguinte consideração:

Com essa declaração, um sistema de valores é — pela primeira vez na história — universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

No preâmbulo e artigo 1º de referido diploma é possível observar que atos desumanos influenciaram sua criação:

[...] Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo no qual os seres humanos gozem de liberdade de expressão e de crença e da liberdade do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando que é essencial, para que o homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito,

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram a sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em maior liberdade,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, a promoção do respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da maior importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

[...]

Artigo 1.º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Assim, a promulgação de tal documento foi sinal de extrema repulsa do mundo todo aos acontecimentos anteriormente citados, essencialmente aos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, consolidando a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

3.4.4 Quarta dimensão

Os direitos fundamentais, de forma tradicional, são divididos somente nas três dimensões anteriores. No entanto, é importante realizar apontamentos acerca da existência de dimensões além daquelas.

Pois bem. A quarta dimensão desses direitos, de forma especial, é objeto de divergência na doutrina.

Isso porque parcela da doutrina, liderada por Norberto Bobbio, considera esses direitos como sendo aqueles que surgiram em decorrência de intensa evolução da sociedade, a qual ocorreu em virtude de grandes transformações tecnológicas, especialmente aquelas ligadas à engenharia genética. Dessa forma, segundo eles, os direitos aqui encontrados diriam respeito às manipulações do patrimônio genético², o qual está intimamente ligado ao principal direito fundamental do ser humano, qual seja o direito à vida. Trata-se, portanto, dos direitos ligados à evolução da ciência, tais como a clonagem e os transgênicos, por exemplo.

No entanto, também se pode apontar tais direitos como sendo os direitos à democracia, informação e ao pluralismo, ou seja, aqueles decorrentes da mundialização da política. Esta corrente possui como um de seus principais expoentes o mestre Paulo Bonavides, que com maestria assevera (2006, p. 571-572):

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à

² Lei nº 13.123/2015, artigo 2º, I – patrimônio genético – informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos [...]

paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Nesse esteio, segundo Álisson José Maia Melo, autor de apontamento realizado na obra de homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides (2016, p.190):

A emergência da quarta geração se dá como reação à globalização econômica do neoliberalismo, através de uma globalização política, cujos direitos “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Os direitos da quarta geração até então identificados pelo criador da teoria são três:

- a) o direito à democracia;
- b) o direito à informação; e
- c) o direito ao pluralismo.

Assim sendo, conforme lições da doutrina, temos tanto os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo quanto os direitos de engenharia genética como sendo direitos fundamentais englobados pela quarta geração.

3.4.5 Quinta dimensão

O maior expoente dos direitos de quinta dimensão seria o direito à paz, o qual é de extrema importância em uma sociedade globalizada.

Um dos principais doutrinadores que preconizam a existência de tal dimensão de direitos é Paulo Bonavides (2008, p. 82-85), que afirma que tal direito se trasladou da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais, vejamos:

A concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.

Karel Vasak, o admirável precursor, ao colocá-la no rol dos direitos da fraternidade, a saber, da terceira geração, o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso. [...]

Karel Vasak o classificaria entre os direitos da fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos da terceira geração.

Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta.

De último, a fim de acabar com a obscuridade a que fica relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Desse modo, resta claro que o direito à paz certamente possui importância tamanha a ponto de ser o principal direito fundamental de uma de suas gerações, haja vista ser não só direito, mas também pressuposto essencial para a existência humana.

3.4.6 Sexta dimensão

Autores como Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva defendem a existência dos direitos fundamentais de sexta dimensão (são os autores da obra *Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão*).

O direito de acesso à água potável é, portanto, imprescindível à existência humana.

Segundo os próprios autores (2014, p. 17):

A proteção ambiental, especificamente da água potável, não será alcançada apenas com normas jurídicas, educação e conscientização ambiental. Contudo, é imprescindível que seja acrescentada atitude ambiental. Em grande medida, a proteção efetiva desse direito fundamental de sexta dimensão terá que ser realizada, com o labor cotidiano, nas arenas política e social. [...]

Assim, tem-se que o direito à água potável é de fato um direito fundamental, muito embora seu alcance pleno dependa da efetivação de medidas que protejam tal direito, as quais dependerão de intenso trabalho político.

4 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, como já se sabe, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos do cidadão em face do Estado, ou seja, como mecanismo de defesa daquele contra este, bem como direito daquele obter uma prestação por parte deste. Desse modo, de forma originária, o exercício dos direitos fundamentais era vertical, frente à supremacia do Estado.

Assim, antigamente o pensamento era no sentido de que tais direitos incidiam somente na relação cidadão x Estado, ou seja, que os direitos fundamentais gozavam somente de eficácia vertical.

No entanto, conforme lição de André Rufino do Vale (2004, p. 99-100), com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, os direitos fundamentais “dinamizaram sua própria significação”, de modo que não mais eram apenas limites ao exercício do poder público, estendendo-se ao âmbito das relações particulares.

4.1 Eficácia vertical

A eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se ao exercício desses direitos pelo particular frente ao Estado, Poder Público, como se pensava de forma primária. Assim, são tais direitos oponíveis contra o Estado, sendo direitos de defesa individual do cidadão, que objetivam limitar o exercício do poder estatal.

Ao analisar o disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, facilmente conclui-se que se trata de um mandado de otimização: “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ora, tal mandamento não é expresso ao mencionar que os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro vinculam relações públicas e privadas. É possível dizer, contudo, que tal dispositivo outorga aos poderes públicos a maior aplicabilidade possível aos direitos fundamentais, ainda que se trate de norma de eficácia limitada, de modo que todos os órgãos dos poderes legislativo, executivo e

judiciário se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 374).

Ainda, consoante lição de Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 116):

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais.

[...]

Tal como enunciado, os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou o Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal.

Desta feita, os direitos fundamentais vinculam todos os poderes estatais, ou seja, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Quanto à vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais, cumpre mencionar que as leis devem ser editadas de maneira a respeitar os direitos fundamentais, cujo sentido deve ser extraído da norma constitucional. Assim, é possível dizer que estes se mostram como limitações à atividade legislativa. Nesse esteio, o §1º do art. 5º da Carta Maior traz em seu bojo a proibição à edição de leis contrárias aos direitos fundamentais.

No que tange os órgãos do Poder Executivo, é possível ressaltar que a administração está também vinculada à observância dos direitos fundamentais por força do mesmo dispositivo legal. Caso não sejam observados tais direitos pela administração, poderá haver controle jurisdicional sobre seus atos, possibilitando, inclusive, a sua invalidação.

Por fim, também a atividade jurisdicional está vinculada aos direitos fundamentais, de sorte que todas as suas decisões devem observar as normas presentes na Constituição Federal, principalmente aquelas relativas a referidos direitos. Tal vinculação ocorre tanto através da interpretação e da integração, buscando conceder a maior aplicabilidade possível a esses direitos quanto através da abstenção de aplicar normas que não os respeite.

4.2 Eficácia horizontal

No século XX, na Alemanha, surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*), a qual defendia a vigência desses direitos também na esfera privada, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros.

O *leading case* de tal teoria é o “Caso Lüth” que, em 1958, foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Em suma, Erich Lüth, crítico de cinema, chamou os alemães a boicotarem filme “Amante Imortal” (*Unsterbliche Geliebte*), dirigido por Veit Harlam, diretor conhecido por dirigir filmes de discriminação contra judeus na época do nazismo. Em razão do boicote, Veit ingressou com ação em face de Lüth, aduzindo que se tratava de ato atentatório à ordem pública, vedado pelo Código Civil alemão. (VALE, 2004, p. 108)

Apesar de condenado, Lüth recorreu à Corte Constitucional, na qual entendeu-se que o direito fundamental à liberdade de expressão prevalece sobre a regra do Código Civil protegendo a ordem pública. Dessa forma foi que se aplicou os direitos fundamentais em uma relação entre particulares pela primeira vez, originando-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (VALE, 2004, p. 108)

Nos Estados Unidos, diversamente, se reconhece apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, nas relações entre particular e Estado (*state action theory*). A teoria da ineficácia horizontal, como é também chamada essa teoria, surgiu na Alemanha como forma de combater a teoria da eficácia horizontal, e defende o ponto de vista liberal clássico no sentido de que os direitos fundamentais são oponíveis única e exclusivamente contra o Estado.

Todavia, tal teoria logo foi exterminada naquele país, haja vista ter o Tribunal Constitucional Alemão reconhecido a vinculação dos direitos fundamentais também aos particulares.

De acordo com Daniel Sarmiento (2008, p. 109), no direito norte-americano foi que a doutrina do *state action* ganhou força, já que tal teoria da não vinculação de particulares aos direitos fundamentais é muito bem aceita naquele país, exceto pela 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Desta forma, para os norte-

americanos, segundo o mesmo autor, os direitos fundamentais constantes do *Bill of Rights* servem somente para a defesa os particulares frente ao Estado.

Tal modo de ver, contudo, parece equivocado, tendo em vista que não é só o Estado que pode protagonizar violações aos direitos fundamentais, mas também outros particulares.

Conforme lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 284-285):

O discernimento de que os direitos fundamentais não poderiam ficar confinados no âmbito das relações dos Poderes Públicos com os particulares recebeu decisiva elaboração técnica com a descoberta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Desvendou-se nesses direitos o sopro de valores de elevada relevância, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. [...]

Assim, hoje se admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, nas relações entre particulares, já que, apesar de inicialmente estabelecidos para a proteção do indivíduo frente aos abusos do Estado, eles trazem também fundamentos para a vida em sociedade, de modo que é de rigor sua aplicação da forma horizontal.

Existem duas grandes correntes acerca da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, quais sejam: (i) a que defende que a vinculação ocorre de forma mediata ou indireta e (ii) a que defende a ocorrência da vinculação de forma imediata ou direta.

4.2.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais

(mittelbare Drittwirkung)

Os defensores da teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, predominante na Alemanha, sendo inclusive adotada pela Corte Constitucional daquele país, defendem a necessidade de um intermédio legislativo para que os direitos fundamentais sejam concretizados em uma relação entre particulares.

Conforme André Rufino do Vale (2004, p. 145), a primeira vez em que foi acolhida essa teoria pelo Tribunal Constitucional Alemão foi justamente quando

do julgamento do caso *Lüth*, no qual existem inclusive menções expressas a ela. Tal tribunal não mudou seu entendimento, mas o manteve reiteradamente.

Nessa teoria é reconhecido um direito geral de liberdade, o qual deve pautar as relações privadas, de modo que os direitos fundamentais não podem ter aplicabilidade imediata ou direta em tais relações. Assim, nas relações de direito privado, deve prevalecer, com base nessa teoria, a liberdade contratual, relativizando a aplicação dos direitos fundamentais e concedendo ao Direito Civil autonomia com relação ao sistema de direitos fundamentais.

Desta feita, o direito privado seria encarregado de buscar a aplicação cabível dos direitos fundamentais nas relações privadas através de cláusulas gerais para que, somente então, estes surtam efeitos em tais relações.

Assim, se o legislador emprega cláusulas gerais, caberá ao magistrado, em um determinado caso concreto e no exercício de sua função jurisdicional, a tarefa de interpretar e integrar as normas de direito privado, concretizando os direitos fundamentais nas relações privadas. Dessa forma, o juiz não poderá reconhecer a eficácia direta dos direitos fundamentais, mas tão somente interpretar o caso concreto com base neles caso hajam, por exemplo, lacunas normativas.

4.2.2 Teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais foi concebida na Alemanha na década de 50, em decisão proferida pelo presidente do Tribunal Federal do Trabalho, Hans Carl Nipperdey, em caso relativo à igualdade salarial entre homens e mulheres, situação que não era regulada por nenhum dispositivo da Lei Maior à época.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 86):

Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivadas.

Essa teoria encontra guarida no fato de serem os direitos fundamentais pilares dos valores estatais, devendo ser aplicados em todo o ordenamento jurídico, além da força normativa da Constituição, diploma no qual estão positivados, o qual se encontra no topo da pirâmide de Kelsen. Assim, devem todas as outras normas obediência à Lei Maior e, da mesma forma, toda a ordem jurídica.

Para Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 89), o maior fator diferenciador da teoria que defende a aplicação imediata (direta) dos direitos fundamentais daquela que defende a aplicação mediata (indireta) é a necessidade ou não de mediação legislativa.

Segundo essa teoria, portanto, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta tanto nas relações entre particulares e Estado quanto nas relações entre particulares, eis que são todos titulares de direitos fundamentais.

5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE

Os direitos fundamentais são direitos que legitimam todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, sendo, de certa forma, fundamentos desse Estado.

Ainda, segundo Robert Alexy (2008, p. 67), os direitos fundamentais seriam aqueles direitos individuais de liberdade.

O presente trabalho objetiva realizar análise crítica acerca do conflito entre dois desses direitos, especificamente, qual sejam os direitos à liberdade de expressão e à intimidade, porquanto são os dois envolvidos na polêmica publicação de biografias não autorizadas.

Assim, mister se faz o estudo de cada um deles de forma apartada, a fim de melhor compreender conceito e natureza jurídica, bem como a possibilidade de sofrerem limitações.

5.1 Direito à Intimidade

Desde o início dos tempos o homem vive em sociedade. Daí a famosa frase de Aristóteles: “O homem é um animal social”.

O direito à intimidade é o direito fundamental que busca traçar a linha tênue que existe entre a privacidade e a esfera pública, que constantemente se misturam na vida em sociedade.

Dessa forma, trata-se de um direito historicamente tutelado constitucionalmente, em razão de sua importância.

Conforme ensina José Adércio Leite Sampaio (1998 , p. 34):

Ao lado do sentido geral da “independência perante o Estado”, que dará ensejo no futuro à consideração do direito à vida privada como “autonomia”, vale dizer, como um direito exclusivo de tomar decisões sobre assuntos íntimos ou existenciais, podemos identificar, já nas primeiras Declarações de Direitos, princípios que se revelarão corolários ou até garantias dessa mesma independência: a) a inviolabilidade da pessoa; b) a inviolabilidade da casa e c) a inviolabilidade das correspondências.

A intimidade consiste na esfera mais íntima de uma pessoa, incluindo aspectos que dizem respeito apenas a ela. Tais aspectos têm a ver com a personalidade, e envolvem comportamentos e relações que são muito particulares.

Segundo Carlos Alberto Bittar (2001, p. 108), o direito à intimidade é um direito negativo, pois é traduzido pela não exposição a terceiros de aspectos particulares do titular do direito.

Ainda, é importante mencionar que o caráter de direito fundamental do direito à intimidade decorre do fato de ser direito intrínseco à condição humana. Isso se deve ao fato de que o ser humano possui a necessidade de ficar só, e guardar para si certos pontos de sua existência.

5.1.1 Conceito

A intimidade seria o âmbito mais profundo e intrínseco de um indivíduo, abrangendo modos de agir e relacionamentos que dizem respeito somente a ele e às pessoas mais próximas.

Tércio Sampaio Ferraz (1993, p. 449), no que tange tal tema, assim esclarece:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Consequentemente, pode-se dizer que o direito à intimidade – que é dito direito da personalidade – tutela tal esfera da vida pessoal do indivíduo frente às mais diversas invasões.

Por conseguinte, resta claro que o direito à intimidade possui caráter fundamental, posto que intrínseco à condição humana. Tal direito guarda relação com a imprescindibilidade do ser humano de guardar para si algumas circunstâncias

de sua vida. Nesse sentido a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, n.p.):

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

Dessa forma, sendo a privacidade algo necessário à saúde mental do indivíduo, entende-se advir daí seu caráter fundamental e sua proteção pelo ordenamento jurídico.

5.1.2 Natureza jurídica e previsão legal

Conforme já mencionado, o direito à intimidade possui natureza jurídica de direito fundamental negativo, haja vista que tutela a não exposição pública da esfera privada de uma determinada pessoa para terceiros.

Tal direito encontra guarida na Lei Maior brasileira, no art. 5º caput e incisos X, XI e XII, os quais assim assinalam:

Artigo 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:

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

XI- a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A partir da leitura desse dispositivo legal é possível concluir que seu objetivo é tutelar a inviolabilidade do indivíduo não somente frente ao Estado, mas também em face de invasões de terceiros.

Ainda, esse direito também se encontra tutelado no Código Civil vigente, em seus artigos 20 e 21, senão vejamos:

Artigo 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, boa fama ou a respeitabilidade, ou 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.

Artigo 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.

Nesse diapasão, cumpre ainda mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU assim dispõe acerca de tal direito:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

O direito à intimidade, desta feita, é tutelado não só pela Constituição Federal, mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Código Civil, de modo que é possível observar sua importância e a necessidade de evitar violações do Estado e de terceiros a esse direito. Todavia, esse direito não é absoluto, uma vez que pode sofrer limitações a depender do caso concreto.

5.1.3 Das limitações

Apesar de sua extrema importância e de seu caráter fundamental e inerente à condição humana, o direito em questão não é absoluto, uma vez que pode sofrer limitações a depender do caso concreto. Dessa forma, é importante

mencionar que a depender do direito colocado em conflito com o direito à intimidade, este último nem sempre prevalecerá.

É fato que a linha entre a privacidade de um indivíduo e o meio público é muito tênue e, em casos que envolvem figuras públicas, fica ainda mais complexo estabelecer tal limite entre o que é público e o que pertence somente ao indivíduo. Isso se deve ao fato de que em se tratando da vida privada de pessoas famosas, o interesse e a curiosidade do público são gigantescos.

Dessarte, o caso a ser apreciado no presente estudo envolve justamente o conflito desse direito das pessoas públicas, que são biografadas por vezes sem autorização, com o direito à liberdade de expressão. Nesses casos, há que se analisar qual direito deve prevalecer, levando em conta diversos fatores, e a partir da utilização da técnica da ponderação, a qual será estudada mais à frente.

5.2 Direito à Liberdade de Expressão

O direito à liberdade de expressão é conceito basilar em qualquer democracia, haja vista que em Estados Democráticos de Direito inexistente suporte para a censura.

Assim, quando a liberdade de expressão começa a ser tolhida em um Estado, isso é sinal de autoritarismo.

Evelyn Beatrice Hall, sob o pseudônimo S. G. Tallentyre, na obra “Amigos de Voltaire”, (1906, n.p.), escreveu frase que reflete exatamente o ideal desse direito: “Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-las”, em busca de descrever o comprometimento de Voltaire com a liberdade de expressão.

Nesse esteio, é possível afirmar que esse direito de primeira dimensão é inerente ao conceito de democracia, ao passo que seu oposto, a censura, é inerente ao conceito de autoritarismo.

No Brasil, historicamente, já a Constituição do Império garantia esse direito, o que perdurou até o início do Governo Vargas, quando deu lugar à censura. Em 1946, novamente se garantiu a livre manifestação de pensamento. No ano

seguinte, contudo, Getúlio retomou o poder e editou a Lei de Imprensa (Lei nº 2.083/1953), criando crimes de imprensa e reprimindo a liberdade.

Já em 1967, durante a ditadura militar, a liberdade de expressão não foi abolida, mas foram determinadas sanções àqueles que abusassem do direito, ou seja, se opusessem ao governo. A esse respeito Daniel Sarmiento explica (2010, p. 207):

No tempo da ditadura militar, a censura recaía quase sempre sobre manifestações expressivas que o Governo considerava perigosas ou ofensivas aos seus próprios interesses – de notícias jornalísticas denunciando abusos do regime às letras das músicas de protesto de Chico Buarque de Holanda. Do ponto de vista ético, era tudo muito claro. Os atos de censura eram graves erros morais, merecedores da mais severa reprovação. Era um tempo “heroico”, por assim dizer, da liberdade de expressão, porque o preço que se pagava pela rebeldia era muito alto: a liberdade de ir e vir, a integridade física e às vezes a própria vida. Havia os “bons”, que desafiavam o regime, e os “maus” que censuravam e perseguiram os “bons”. A situação era terrível, mas, sob o prisma dos valores em jogo, não havia um “caso difícil”. Aquelas restrições à liberdade de expressão eram simplesmente erradas e ponto final.

A atual Constituição, no entanto, surgida logo após esse conturbado período, assim como as constituições democráticas, garante o direito pleno à liberdade de expressão, vedando a censura.

5.2.1 Conceito

Sabe-se que a liberdade de expressão consiste, basicamente, no direito de comunicar algo, manifestar livremente o pensamento, o qual possuem todos os seres humanos. No entanto, impende esclarecer alguns importantes pontos antes de melhor conceitua-lo.

Segundo ensinamentos de Daniel Sarmiento (2010, p. 263), a liberdade de expressão, a princípio, nos traz a ideia de um direito negativo que determina a abstenção do Estado, para que este não impeça qualquer manifestação de opiniões ou ideias pelos cidadãos. No entanto, ainda segundo o autor, tal conceituação está incompleta, já que em uma sociedade completamente desigual, faz-se necessário que o Estado aja positivamente também. Aqui, acrescenta-se,

ainda, o fato de que o conceito desse direito deve incluir também sua eficácia entre particulares, conforme já discutido em tópico anterior.

Por conseguinte, apresenta outro conceito Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999, p. 29), nesses termos:

[...] pode-se afirmar que a liberdade de expressão envolve um dever de abstenção do Estado e dos demais quanto a uma faculdade de pensar, de emitir pensamento, de criar artisticamente, de professar determinado culto religioso ou doutrina política, sem qualquer embaraço, respeitados os direitos das demais pessoas. (grifamos)

Ainda, segundo Nuno e Sousa (1984, p.137):

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações).

Portanto, a liberdade de expressão é um direito cujo exercício demanda não só a abstenção do Estado, como também a de particulares e, ainda, o respeito aos direitos das demais pessoas.

Além disso, segundo Jonatas Machado, o direito à liberdade de expressão possui dupla dimensão (2002, p. 417):

Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.

Desta forma, a liberdade de expressão consiste no direito fundamental que permite que o indivíduo manifeste seus pensamentos, opiniões e convicções por qualquer meio que desejar.

5.2.2 Natureza jurídica e previsão legal

O direito à liberdade de expressão possui natureza jurídica de direito subjetivo fundamental, segundo Edilson Pereira de Farias (1996, p. 131), uma vez que representa a possibilidade do indivíduo de manifestar suas ideias, pensamentos e opiniões livremente por qualquer meio que seja.

A Constituição Federal traz proteção expressa ao direito à liberdade de expressão, não só no rol dos direitos fundamentais contido em seu art 5º, como também no art. 220 caput e §2º, os quais vedam expressamente a censura, nesses termos:

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;

[...]

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

[...]

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

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.

[...]

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

Ao salvaguardar a liberdade de expressão por sua inserção no rol do art. 5º, onde se encontram os direitos e garantias fundamentais, o constituinte concedeu a ela proteção especial. Isso porque, assim sendo, o direito à liberdade de expressão se caracteriza como cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional ou qualquer modificação, bem como sendo vedada sua exclusão. Nos termos do art. 60, §4º, IV:

Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV- os direitos e garantias individuais.

Já internacionalmente, a liberdade de expressão possui também resguardo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, vejamos:

Artigo 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e dividir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.

Daí a enorme importância desse direito, vez que encontra salvaguarda tanto na Lei Maior brasileira quanto em diploma de direito internacional de tamanha importância.

Nesse sentido, cabe o questionamento de que, ainda que seja de tamanha importância a liberdade de expressão, existe alguma hipótese na qual ela poderia ser limitada em um caso concreto?

5.2.3 Limitações ao direito à liberdade de expressão

Muito embora seja um dos pilares de sustentação da democracia e dotado de caráter fundamental, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Nesse ínterim, o ordenamento jurídico trouxe a ele limites, com o objetivo de evitar a libertinagem, bem como o confronto desse direito com outros.

A notável frase atribuída ao filósofo inglês Hebert Spencer, “A liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”, muito bem exterioriza a problemática que envolve o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais. Desse modo, é razoável afirmar que esse direito deve ser exercido de modo a respeitar certos limites, notadamente morais, éticos e sociais, para que não cause danos a outrem.

A Lei Maior estabelece os limites ao exercício do direito à liberdade de expressão ao vedar o anonimato, estabelecer o direito às ações indenizatórias aos prejudicados, bem como tutelar o direito de resposta, o direito à honra e o direito à privacidade. Isso porque a liberdade de expressão, por vezes, pode ser objeto de

abuso, ou seja, utilizado indevidamente, de forma a ofender outrem. Nesses casos, segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, n.p.):

A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo – tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta ‘proporcional ao agravo’ sofrido (art. 5º, V). O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão. O direito de resposta, portanto, não pode ser visto como medida alternativa ao pedido de indenização por danos morais e materiais.

Ainda, a liberdade de expressão pode sofrer restrições quando da ocorrência de conflitos com outros direitos fundamentais de mesmo nível, ou seja, dotados de amplitude constitucional. Isso porque deve ser viabilizado o exercício de todos os direitos fundamentais, os quais devem conviver entre si harmonicamente. Essas restrições ocorrem excepcionalmente e decorrem da utilização da técnica da ponderação, a fim de efetivar o exercício de outro direito fundamental e viabilizar a convivência de direitos fundamentais por vezes tidos como opostos.

6 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais não se revestem de caráter absoluto, razão pela qual podem colidir entre si, entrar em conflito. Isso ocorre quando a esfera de proteção de um direito fundamental é afetada diretamente por outro direito fundamental.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991 apud Edilsom Pereira de Farias, 1996, p. 93-94), a colisão de direitos fundamentais pode ocorrer de duas maneiras: entre os próprios direitos fundamentais (colisão em sentido estrito), ou entre um direito fundamental e outro valor constitucionalmente protegido. Os mesmos autores explicam que a colisão entre direitos fundamentais propriamente ditos ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Ainda, esclarecem que a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente protegidos ocorre quando direitos fundamentais entram em conflito com interesses da comunidade.

No presente estudo, analisaremos um conflito entre direitos fundamentais propriamente ditos de forma específica, qual seja aquele que ocorre entre os direitos à intimidade e à liberdade de expressão em razão da polêmica envolvendo a publicação de biografias não autorizadas pelo biografado ou seus familiares.

Nesse contexto, fundamental compreender que a resolução de um conflito entre direitos fundamentais não é uma tarefa simples.

De proêmio, é possível afirmar que não serão utilizadas as três regras básicas para resolver uma antinomia que, segundo Norberto Bobbio (2011, p. 96) são: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. Isso se deve ao fato de que, no caso dos direitos fundamentais, não há como aplicar critério cronológico, pois todos estão previstos no mesmo diploma: a Constituição; nem o critério hierárquico, pela mesma razão; nem, ainda, o critério da especialidade, já que as normas que contém direitos fundamentais são sempre gerais.

Ainda, imperioso ressaltar que quando utilizadas as três técnicas supramencionadas, uma regra prevalecerá em detrimento de outra, a qual será revogada por aquela.

Logo, é necessário que se tenha em mente que, por serem os direitos fundamentais norteados por princípios, eventual conflito entre eles será resolvido da mesma forma que o são os conflitos entre princípios. Esse ponto será mais amplamente debatido no tópico seguinte.

O fato é que nas relações entre particulares os direitos fundamentais inevitavelmente entrarão em conflito em algum momento, e tal conflito, de alguma forma, deverá ser dirimido.

Segundo André Rufino do Vale (2004, p. 178):

O problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, portanto, um problema de colisão, que surge do fato de que, numa relação privada, esses direitos são válidos em favor e em desfavor de todas as partes, diferentemente das relações dos cidadãos com o Estado, em que este é apenas destinatário das normas jusfundamentais.

Isto posto, faz-se necessário realizar estudo acerca da técnica utilizada para a resolução de tais conflitos.

6.1. Princípio da proporcionalidade

Por serem os direitos fundamentais entendidos, inicialmente, como princípios, ao se deparar com um conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deverá resolvê-lo por meio do princípio da proporcionalidade. Isso se justifica pelo fato de que, em se tratando de direitos fundamentais, não se pode aplicar a regra do “tudo ou nada” de Ronald Dworkin (2002, p. 39), mas sim a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Segundo lição de Robert Alexy (1999, p. 78), são três as fases do juízo de proporcionalidade: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) ponderação propriamente dita ou em sentido estrito.

Quanto à adequação, trata-se de serem as providências adotadas eficazes para o resultado almejado. Já a necessidade cuida de certificar que inexistem métodos diversos igualmente efetivos e menos onerosos para o indivíduo (caso exista, esse meio não será necessário). Por fim, a razoabilidade traz a ponderação entre os direitos fundamentais em colisão e o que se deseja obter ao final, ou seja, se a

intervenção se revelar muito intensa, assim também devem ser seus elementos justificadores.

Dessa forma, as normas definidoras de direitos fundamentais possuem em si enorme carga valorativa, razão pela qual possuem natureza de princípios e, por conseguinte, deve ser utilizada a proporcionalidade para dirimir eventuais conflitos entre elas.

6.1.1 Utilização da técnica da ponderação

Conforme alhures mencionado, por serem os direitos fundamentais guiados por princípios, não é tarefa simples estabelecer qual deverá prevalecer em detrimento de outro em um determinado caso concreto, devendo ser utilizado o princípio da proporcionalidade para tanto, passando pelas noções de adequação, necessidade e razoabilidade em sentido estrito.

Essa última fase diz respeito à técnica da ponderação propriamente dita, a qual, de acordo com Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23) consiste em “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Tal técnica, portanto, deve ser utilizada a fim de sopesar a restrição a ser imposta ao direito fundamental, seu grau de importância e a importância do direito em conflito com ele. Nesse exame, deve ser analisado o conteúdo dos direitos em conflito.

Assim, deve-se analisar os bens jurídicos protegidos por cada um dos direitos, objetivando restringir a aplicação de um deles no caso concreto, a fim de fazê-lo conviver pacificamente com o outro. Somente dessa forma é que será possível a harmonização dos direitos fundamentais conforme a noção de justo, em busca do bem estar social.

A técnica da ponderação engloba, ainda, o dever de fundamentação, sobretudo em casos mais complexos. O intérprete deve, portanto, fundamentar de forma inexorável a sua escolha, haja vista que a ponderação não conduz impreterivelmente à resposta correta, mas tão somente a uma que seja justificável de maneira lógica.

Dessarte, caberá ao intérprete avaliar e justificar, caso a caso, qual direito deverá prevalecer dentre os analisados. A essa técnica de calibração de direitos foi dado o nome de Técnica da Ponderação, a qual está prevista no enunciado nº 274 do CJF:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Paulo Gustavo Gonet Branco sobre o tema assim discorre (2009, p. 285):

Os problemas relacionados com a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares não se resolvem sem o socorro do juízo de proporcionalidade – e, portanto, de ponderação –, quer se entenda que esses direitos incidem diretamente nos vínculos entre sujeitos não-estatais, quer se advogue que devem aflorar por meios de *pontos de irrupção*, propiciados pelas cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, etc) insertas nas normas do direito privado ou resultantes da interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico.

Desta feita, no caso a ser analisado no presente trabalho, qual seja a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade como supedâneo da técnica da ponderação com o intuito de dirimir o conflito.

7 DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

De forma sucinta, uma biografia é a vida de alguém – o biografado –, contada por outro alguém – o biógrafo. Assim, cuida-se de gênero literário que abarca o relato da vida de um dado indivíduo.

Por óbvio tal espécie de livro normalmente possui como alvo alguma figura notória, ou seja, pública.

No entanto, é fato que mesmo tais pessoas cujas vidas são conhecidas pela coletividade possuem alguns fatos, por vezes polêmicos, a respeito de si mesmos que desejam guardar no âmbito de sua intimidade. Aqui é que o problema tem início, uma vez que são esses fatos que por vezes ocasionam a censura, já que o indivíduo buscará cercear a veiculação de tais informações a fim de salvaguardar sua imagem.

Tal possibilidade de censura às biografias não autorizadas envolve um conflito de direitos fundamentais, quais sejam a liberdade de expressão e o direito à intimidade.

Inúmeros brasileiros são assombrados pelo fantasma da censura, especialmente em razão dos tenebrosos anos da ditadura militar, quando não havia respeito aos direitos e garantias fundamentais. No interregno de 1964 a 1985 o Brasil viveu sob intenso regime autoritário, o qual ditava restrições ao direito à liberdade de expressão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi que finalmente se estabeleceu os direitos e garantias fundamentais que são o suporte do Estado Democrático de Direito.

7.1 Do Gênero Literário Biografia

A fim de melhor compreender o presente estudo, faz-se mister o conhecimento acerca do gênero literário biografia, sendo extremamente importante a realização de breve estudo acerca do conceito de biografia.

A etimologia da palavra biografia vem do grego *bios* (“vida”) e *graphein*, (“escrever”). Logo, biografia é a descrição da vida de alguém.

Uma biografia é, basicamente, uma narrativa da vida de alguém (o biografado) escrita por outra pessoa (o biógrafo). Diversamente, quando o biografado é quem redige tal narrativa, ela se torna uma autobiografia, vez que o biografado e o biógrafo são a mesma pessoa.

Jonaedson Carino (1999, p. 154) assim contempla o ato de biografar:

Biografar é, pois, descrever a trajetória única de um ser único, original e irrepetível; é traçar-lhe a identidade refletida em atos e palavras; é cunhar-lhe a vida pelo testemunho de outrem; é interpretá-lo, reconstruí-lo, quase sempre revivê-lo.

A biografia é um gênero literário de extrema importância para a investigação histórica.

Conforme lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999, p. 43-44):

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que, apesar de a biografia dizer respeito, em tese, a um fato verídico, ela não pode ser simplesmente reduzida à mera informação. Ela se aproxima mais da investigação histórica, que não se submete a qualquer limitação de qualquer ordem. Com efeito, não se pode pretender impedir os historiadores de dizerem que Dom João VI, por exemplo, era um comilão, ou que Dom Pedro I era mulherengo. Embora circunstâncias íntimas de ambos, reconhece-se, aí, relevância histórica em tais descrições, de modo que não haveria como impedi-las.

Ainda, assim explica Wilhelm Dilthey (2010, p. 241):

Como poderíamos negar, então, que a biografia possui um significado eminente para a compreensão da grande conexão do mundo histórico! Afinal, é justamente a relação entre as profundezas da natureza humana e a conexão universal da vida histórica difundida que é efetiva em cada ponto da história. Aqui se encontram a conexão original entre a própria vida e a história.

Dessa forma, é evidente a importância do gênero literário biografia, o qual consiste, em síntese, na descrição da trajetória do indivíduo biografado pelo biógrafo.

7.2. Da Proibição à Sua Publicação

Conforme alhures exposto, biografar significa descrever a vida de um indivíduo. A estrutura de uma biografia engloba apresentação do biografado, narração dos principais fatos de sua vida e uma conclusão, a qual se mostra como sendo de caráter subjetivo.

Usualmente tais relatos são realizados a respeito da vida de figuras públicas. Apesar disso, é possível que hajam polêmicas, tendo em vista que mesmo as figuras públicas possuem certas particularidades em suas vidas que não desejam compartilhar.

Caso a pessoa pública sinta que precisa proteger a sua imagem em tais situações, ela o faria por meio da proibição da propagação de algumas informações. Entretanto, exigir a autorização prévia do biografado como requisito à publicação da biografia reduz drasticamente a fidedignidade da obra e seu valor para a ciência, bem como reprime a história, já que somente poderia ser relatado o permitido pelo biografado.

A possibilidade de censurar a publicação de biografias não autorizadas pelos biografados foi tema bastante discutido recentemente, eis que envolve intenso conflito dos direitos fundamentais à intimidade e à liberdade de expressão, tema em análise no presente estudo. A solução dessa colisão de direitos deve ser feita sempre no caso concreto, através da técnica da ponderação.

No Brasil, falar em qualquer tipo de censura é algo que assusta, haja vista que, no período de 1946 a 1985, da ditadura militar, não havia respeito aos direitos e garantias fundamentais. O Estado, nessa época, impunha entraves ao exercício da liberdade de expressão.

Após tal período, no entanto, surgiu a Constituição Federal de 1988, que fundou o Estado Democrático de Direito sobre os pilares que seriam os direitos e garantias fundamentais. Tal diploma resguarda a liberdade de expressão.

No entanto, ainda assim tivemos, no Brasil, alguns grandes exemplos de casos em que o biografado ou seus herdeiros, por vezes, buscaram censurar determinadas informações veiculadas, sob as mais diversas justificativas. Analisaremos alguns deles no tópico seguinte.

7.3 Casos Concretos

Cumprе aludir, a título exemplificativo, alguns dos mais paradigmáticos casos em que se observou tal sorte de censura no Brasil, bem como as ações judiciais e decisões importantes que foram proferidas em alguns deles.

Conforme Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999, p. 45), um dos casos mais emblemáticos ocorridos no Brasil nesse sentido talvez tenha sido o da biografia de Manoel Francisco dos Santos, mais conhecido como Mané Garrincha, futebolista brasileiro famoso por seus dribles, publicada por Ruy Castro. As onze filhas do jogador buscaram o Judiciário, vez que julgaram atentatória a retratação do pai na obra intitulada “Estrela Solitária – Um Brasileiro Chamado Garrincha”, como usuário de bebidas alcóolicas, bem como a menção ao tamanho do órgão sexual do biografado. Propuseram ação cautelar de protesto, processo nº 97.001.065570-8, que tramitou pela 21ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. Em tal ação foi concedida liminar pelo magistrado no sentido de impedir a divulgação da obra, acolhendo o pedido das filhas de Garrincha, bem como condenando a editora Companhia das Letras ao pagamento de mil salários mínimos a título de indenização às herdeiras, acrescidos de juros e honorários advocatícios. As autoras e a editora apelaram, e o Tribunal, decidiu por revogar a medida concedida em primeiro grau, e modificar a sentença, nos termos da ementa:

Obra intelectual. Busca e apreensão de livros. Direito à Imagem. Vedação à censura. Art. 5º, IV, IX e art. 220 da Constituição Federal de 1988. Mandado de segurança. Ordem denegada. Cautelar inominada. Livro biográfico. Pleito liminar de apreensão à asseveração de atingir a imagem. A liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão, respondem civil e criminalmente. Descabimento da proibição, circulação e venda.
(TJRJ, mandado de segurança nº 1.011/95, 2ª Câmara Cível, relator Desembargador João Wehbi Dib, DOJ 20/03/97, p. 191, ementa nº 27).

Tendo o TJRJ negado a existência dos danos morais, apesar de admitido o direito ao recebimento dos danos materiais, as herdeiras do biografado recorreram ao Superior Tribunal de Justiça, encaminhando dois recursos especiais, ao passo que a Companhia das Letras, ao recorrer, alegou que o direito de imagem seria personalíssimo, o que impediria sua transmissão a herdeiros, sendo as autoras

partes ilegítimas para a ação. A 4ª Turma do STJ acolheu parcialmente o recurso das filhas do futebolista, determinando o pagamento de 100 (cem) salários mínimos acrescidos de juros para cada uma como indenização por danos morais, conforme pesquisa nos próprios autos realizada no sítio eletrônico do STJ pelo REsp nº 521697/RJ.

Outro caso simbólico consiste na obra “Mick – A Vida Louca e Selvagem de Jagger”, de autoria do norte-americano Christopher Andersen. A versão brasileira da biografia em questão traz nota do editor que altera alguns detalhes da versão original. Tais alterações, contudo, não dizem respeito aos tantos incomuns feitos do vocalista biografado ao longo de sua vida, mas sim a alguns fatores ligados à apresentadora brasileira Luciana Gimenez, com quem o roqueiro teve um filho. Segundo reportagem publicada pela Folha de São Paulo datada de 12 de fevereiro de 2015 e escrita por Alexandre Matias, a versão original trazia um trecho no qual constava que o casal teria se conhecido em uma festa numa mansão e que os dois teriam feito sexo no canil da casa, ao passo que na versão brasileira se omite tal fato. Ainda, a mãe de Luciana, Vera Gimenez, que atuou em diversos filmes, é descrita na versão brasileira como atriz, sem que fosse utilizado o adjetivo *soft porn* (“porno-chanchadas”) que aparece na edição original.

Outra mudança ocorrida disse respeito ao fato de que o autor, na versão original, ter relatado que acredita que a gravidez da apresentadora tenha sido proposital, posto que ela teria parado de tomar a pílula contraceptiva sem avisar o cantor, ao passo que na versão brasileira nem sequer consta tal suposição.

O autor da obra concedeu entrevista ao jornal “O Globo” em novembro de 2014, na qual declarou (Alexandre Matias, 2015):

Fiquei chocado ao saber que o Brasil proíbe biografias não autorizadas. Como o país pode ser uma sociedade livre sem saber a verdade sobre suas figuras públicas? Depois de 45 anos de carreira e 33 livros, aprendi que a maioria das celebridades mentiu por tanto tempo sobre a própria vida que esqueceu o que é real. Em nenhuma edição estrangeira de meus livros tive trechos suprimidos. A verdade é a verdade. Censura é censura. Qual é o próximo passo, fogueiras de livros? Essas celebridades que defendem causas liberais e depois tentam controlar tudo o que é escrito sobre elas são hipócritas. Cada sílaba da biografia é real.

Ora, resta patente a censura em tal caso, visto que o próprio autor da obra reconheceu que jamais lhe foi exigida a supressão de trechos de nenhuma de suas obras em edições estrangeiras, tendo sido esta a primeira e única vez.

Caso semelhante com desfecho diverso a ser citado foi o da biografia de Lampião (Virgulino Ferreira da Silva), notável cangaceiro brasileiro, de autoria de Pedro de Moraes, chamada Lampião – O Mata Sete. Alguns fatos contidos na biografia, tais como a imputação a Lampião de práticas homossexuais e a retratação de Maria Bonita como adúltera, desagradaram a filha de Lampião e Maria Bonita, Expedita Ferreira Nunes, de 79 anos, que no final do ano de 2011 ingressou com ação de obrigação de não fazer com pedido de antecipação de tutela contra o autor, a fim de obter a proibição da circulação da referida obra, por não tê-la autorizado. Aduziu, em síntese, lesão à intimidade dos biografados – seus pais – e à sua própria.

Pedro de Moraes alegou não ter sido pejorativo ao se referir às pessoas biografadas e clamou pela liberdade de expressão, embasando seu argumento no fato de que se trata de personagens da história do nosso país.

O juiz de primeiro grau constatou a colisão de direitos fundamentais e julgou a ação procedente, tendo proibido a publicação, veiculação e exposição do livro, bem como sua venda, sob pena de multa diária de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

O réu, contudo, apelou da sentença proferida em primeiro grau, tendo a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe utilizado a técnica da ponderação dando provimento ao recurso. Assim, o Tribunal suspendeu a ordem de proibição de circulação da obra, permitindo sua publicação sem a autorização da filha de Lampião, autora da ação, privilegiando, assim, a liberdade de expressão em detrimento da censura. O pleno da referida câmara entendeu se tratar Lampião de uma figura pública e que isso significa abrir mão de uma parte de sua privacidade.

Por fim, outro caso conhecidíssimo pela censura ocorrida envolve a obra “Roberto Carlos em Detalhes”, biografia do cantor e compositor Roberto Carlos escrita por Paulo Cesar de Araújo e publicada pela Editora Planeta. O cantor biografado moveu ação judicial, no ano de 2007, alegando invasão de privacidade. O magistrado de primeiro grau decidiu pelo recolhimento de todos os exemplares da obra que se encontrassem à venda. Houve acordo entre as partes do processo em audiência, na qual Roberto Carlos abriu mão do pedido de indenização.

Paulo Coelho, escritor e compositor, membro da Academia Brasileira de Letras, publicou artigo na Folha de São Paulo, no qual criticou a proibição à circulação da obra biográfica supramencionada (Paulo Coelho, 2007):

[...] Roberto Carlos tem muito mais anos na mídia do que eu; já devia ter se acostumado. Continuarei comprando seus discos, mas estou extremamente chocado com sua atitude infantil, como se grande parte das coisas que li na imprensa justificando a razão da "invasão de privacidade" já não fosse mais do que conhecida por todos os seus fãs.

Também continuarei sendo editado pela Planeta, pois temos contratos assinados. Mas insisto: gostaria que minha editora, dinâmica, corajosa, se instalando agora no Brasil, explicasse a todos nós, brasileiros, o que significa esse tal de "contexto desfavorável".

Desfavorável é fazer acordo a portas fechadas, colocando em risco uma liberdade reconquistada com muito sacrifício depois de ter sido seqüestrada por anos a fio pela ditadura militar.

E não entendo por que você, Paulo Cesar Araújo, "se comprometeu a não fazer, em entrevistas, comentários sobre o conteúdo do livro no que diz respeito à vida pessoal do cantor" (Ilustrada, 28/4). Não é apenas o seu livro, cujo destino foi negociado entre quatro paredes, que está em jogo. É o destino de todos os escritores brasileiros neste momento.

Não sei se vou ter as explicações que pedi. Mas não podia ficar calado, porque isso que aconteceu na 20ª Vara Criminal da Barra Funda me diz respeito, já que desrespeita minha profissão de escritor.

Contudo, logo depois do recolhimento da obra, o conteúdo da obra proibida já estava disponível na íntegra em site da internet.

7.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815

Foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), no ano de 2012, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade a esse respeito, a qual objetivou a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Tais artigos versam sobre o direito à honra e à intimidade, bem como a inviolabilidade da vida privada do indivíduo. Vejamos:

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.

O argumento principal da ação foi o fato de que tais artigos têm sido utilizados como fulcro para a proibição da publicação de biografias não autorizadas, o que configuraria censura prévia. Constatou-se da petição inicial que pessoas públicas possuem sua intimidade reduzida, haja vista que existe interesse coletivo sobre ela, de modo que a proibição à publicação e veiculação de biografias não autorizadas seria censura à liberdade de expressão, assim como à livre atividade intelectual e artística dos escritores, que tentam garantir o direito à informação dos indivíduos de modo geral. Nesse sentido, argumentou-se acerca da violação do disposto nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Carta Maior.

Assim, a alegação na qual se embasou o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos foi o de que a exigência de prévia autorização do biografado ou de seus familiares consistiria em violação da livre expressão da atividade intelectual e artística, assegurada pelo constituinte de forma integral, sendo vedada a censura.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto formulado objetiva não a supressão dos dispositivos atacados, mas tão somente sua interpretação conforme a Constituição Federal, de tal forma que não mais sirvam para impedir a publicação e veiculação de obras biográficas não autorizadas. Dessa forma, a ANEL não buscou mitigar a relevância da proteção da intimidade das pessoas biografadas, valor também constitucionalmente resguardado, mas sim a constitucionalidade da abrangência tomada pelos dispositivos guerreados, que acabaram por restringir a liberdade de expressão.

Na condição de *amicus curiae*, participaram da ação: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, Artigo 19 Brasil, Academia Brasileira de Letras, Associação Eduardo Banks, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e Instituto Amigo.

Na data de 10 de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, julgou procedente a referida ADIN, em votação unânime por 9 (nove) votos favoráveis a 0 (zero) votos contrários. O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO:

APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

A decisão final do STF foi, portanto:

[...] 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).

Faz-se mister ressaltar, ainda, trecho do voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia:

Voto no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição da República aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, a) 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); e b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República.

Destarte, ao julgar procedente a ADIN nº 4.815, o STF priorizou a liberdade de expressão em detrimento do direito à intimidade, eis que deliberou não mais ser indispensável o consentimento do biografado para publicar ou veicular obras biográficas. O Tribunal consignou, por ocasião dessa decisão, que deve ser rechaçada qualquer tentativa de censura, seja ela prévia ou *a posteriori*, de sorte que, ao ser aplicado o juízo de ponderação no âmbito da proporcionalidade, restou claro que, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão e o direito à informação possuem prevalência frente ao direito à intimidade nesse caso.

Tal decisão possui enorme importância no contexto analisado, uma vez que proferida pela suprema corte, a mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, o qual possui competência de tribunal constitucional.

8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal preconiza, em seu art. 5º, incisos IV, IX e XIV, o direito à liberdade de expressão, bem como no art. 220, §2º a vedação à censura. Isso ocorre especialmente em razão dos tempos sombrios de outrora em nosso país, quando a ditadura militar tolheu o direito à liberdade de expressão dos cidadãos, de modo que tais previsões consistem em uma conquista extremamente importante marcada pela Constituição Cidadã.

Nesse mesmo sentido, a censura se mostra como um instrumento de combate ao abuso do direito à liberdade de expressão. Contudo, é um instrumento extremamente antidemocrático, que não condiz com a realidade das democracias. De forma alternativa, portanto, podem ser utilizados outros meios a fim de evitar tais abusos, como ações de indenização por danos materiais e/ou morais, direito de resposta, dentre outros.

O direito à liberdade de expressão protagoniza importante colisão com outro direito fundamental no caso da publicação das biografias não autorizadas, qual seja o direito à intimidade, o qual é analisado de forma crítica no presente estudo, em cotejo com a forma de solução utilizada – a técnica da ponderação dentro do princípio da proporcionalidade – e, ainda, o estudo de alguns relevantes casos concretos.

À vista do exposto, importa mencionar que o assunto no presente trabalho abordado foi objeto de diversos debates, inclusive tendo sido objeto da ADIN nº 4.815, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

É cediço que, em casos que envolvem pessoas famosas, personagens históricos e/ou reconhecidos pela coletividade, cuja divulgação de determinados fatos seja de interesse coletivo, o seu direito à intimidade naturalmente sofrerá restrição em detrimento da liberdade de expressão. Isso se deve ao fato de que o nosso ordenamento jurídico, na própria Lei Maior, traz proteção à liberdade de expressão e expressa vedação à censura.

O direito à intimidade de pessoas notórias, por vezes, sofrerá limitação com o intuito de privilegiar o direito à liberdade de expressão, tendo em vista se tratar de informações cuja divulgação é de interesse coletivo.

Releva salientar, ainda, que em razão de serem os direitos fundamentais valores basilares de um Estado Democrático de Direito, norteados por princípios, quando entram em conflito, é de rigor a utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação. Os princípios, quando colidem, não revogam um ao outro como ocorre no caso das regras propriamente ditas, em cujos conflitos utilizam-se os critérios da especialidade, hierarquia e o cronológico, de forma a revogar uma delas. Por conseguinte, os princípios convivem harmonicamente entre si, sendo utilizada a ponderação tão somente a fim de estabelecer qual deles prevalecerá em um caso concreto, não culminando na revogação do outro, ao passo que as normas são utilizadas segundo a lógica do “tudo ou nada”.

Assim, a partir da análise crítica realizada no presente trabalho, é possível afirmar que nos casos envolvendo a publicação de biografias sem a autorização do biografado ou seus familiares, há certa tendência à prevalência do direito à liberdade de expressão. É importante frisar que tal tendência se deve ao fato de que por muito tempo, no Brasil, foram censuradas as manifestações de pensamento. Faz-se necessário compreender, ainda, que, em se tratando de biografias, elas retratam, na grande maioria das vezes, a vida de pessoas notórias, que são dotadas de interesse público.

Desta feita, a supressão do direito à intimidade dos biografados e/ou de suas famílias é medida que se impõe quando se tratar de informações cuja divulgação seja de interesse coletivo, bem como em razão da proteção estabelecida pela Constituição Federal à liberdade de expressão e da vedação à censura.

Todavia, vale ressaltar que tal supressão é meramente temporária e se restringe ao caso concreto analisado, sendo que o direito à intimidade não será extinto em razão da prevalência do direito à liberdade de expressão sobre ele em determinado caso. Assim, a utilização da técnica da ponderação mantém ambos os direitos fundamentais em plena vigência, muito embora determine a aplicação de um em detrimento de outro em um determinado caso concreto.

Diante do exposto, no caso das biografias não autorizadas, conforme corrobora inclusive o entendimento do STF, externado por ocasião do julgamento da ADIN nº 4.815, tem-se entendido que o direito à liberdade de expressão possui prevalência sobre o direito à intimidade, com fundamento nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Federal, bem como no §2º do art. 220 do mesmo diploma.

Em tal julgamento, a Corte entendeu ser inexigível o consentimento do biografado, bem como de seus familiares ou de pessoas retratadas como coadjuvantes para a publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais. O STF consignou, ainda, que qualquer tentativa de censura, prévia ou posterior, deve ser afastada, e que, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão possui preponderância frente ao direito à intimidade no caso das biografias não autorizadas.

Isto posto, é possível concluir que embora haja tendência no sentido de privilegiar o direito à liberdade de expressão quando de sua colisão com o direito à intimidade no caso das biografias não autorizadas, tal regra não é absoluta, eis que utilizada a técnica da ponderação por ocasião do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação depende diretamente do caso concreto. Ainda, há que se levar em conta o interesse público para com os fatos acerca da vida do biografado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisões de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo v. 217, p. 68, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARRUCHO, Luís Guilherme. **Conheça casos polêmicos de biografias não autorizadas**. São Paulo, 2015.

Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150609_biografias_polemicas_lgb>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direitos Fundamentais & Justiça, ano 2, nº 3, abr/jun, 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 09/05/2018.

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

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Casa Civil, 2002.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil**. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

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

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO**. REsp nº 521697/RJ (2003/0053354-3) da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 18 de setembro de 2003. Partes: Editora Schwarcz LTDA e Maria Cecília dos Santos Cardoso e outros. Relator Min. Cesar Asfor Rocha: Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+521697&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 26 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991 apud FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

CARINO, Jonaedson. **A biografia e sua instrumentalidade educativa**. Educ. Soc. V. 20, n. 67, p. 153-182. Campinas: 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301999000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 ago. 2018.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COELHO, Paulo. **O que é “contexto desfavorável”?** São Paulo, 02 maio 2007. Folha de São Paulo Opinião. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200708.htm>>. Acesso em 26 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Tradução de Marcos Casanova. São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção Justiça e direito.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Água Potável: proteção jurídica, educação, conscientização e atitude ambientais**. In: XV Congresso Nacional y V Latino americano de Sociologia Jurídica. Rosario, 2014. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/archivos/actas_2014/02_Comision_MovimientosSociales/05_C2_FACHIN-DASILVA.pdf>. Acesso em: 09/05/2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e formação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **ADI nº 4.815**. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>> . Acesso em: 16 set. 2018.

FONTENELE, Maria; SOARES, Daniel. **Justiça libera a venda de livro que questiona a sexualidade de Lampião**. Sergipe, 12 out. 2014. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2014/10/justica-libera-venda-de-livro-que-insinua-sexualidade-de-lampiao.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf>. Acesso em: 25/04/2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. 6ª ed. München, Beck: 1991 apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 2002.

LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MATIAS, Alexandre. **Edição Brasileira de Biografia de Mick Jagger Altera Trechos Sobre Luciana Gimenez**. São Paulo, 12 fev. 2015. Folha Ilustrada. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/02/1588741-edicao-brasileira-de-biografia-de-mick-jagger-altera-trechos-sobre-luciana-gimenez.shtml>>. Acesso em: 26 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Método, 1999.

_____. Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=_EFnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> . Acesso em: 20 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ONU, Assembleia Geral da. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris: Resolução 217 A (III), 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 20/04/2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed (2ª tiragem). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais.** Estudos de Direito Constitucional. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais:** uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito Constitucional do Trabalho.** São Paulo: LTR, 1977.

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

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 22 out. 2018.

TALLENTYRE, S. G. [HALL, Evelyn Beatrice]. **The Friends Of Voltaire**. London: Smith, Elder & Co., 1906. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/56618/56618-h/56618-h.htm> >. Acesso em: 04 dez. 2018.

TARTUCE, Flávio. **TJSE. Sentença de primeira instância. Caso do livro “Lampião – o Mata Sete”. Direitos da personalidade do morto**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822395/tjse-sentenca-de-primeira-instancia-caso-do-livro-lampiao-o-mata-sete-direitos-da-personalidade-do-morto>>. Acesso em: 29 set. 2018.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.