

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS
BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS:
UMA PREFERÊNCIA EM FAVOR DA
HISTÓRIA SOCIAL**

Marco Aurélio Mello¹

RESUMO

As liberdades comunicativas são essenciais para a dignidade humana, no que permitem a manifestação de ideias. Mostram-se necessárias à realização do autogoverno coletivo, por permitirem o debate público. Este artigo versa a importância, considerada a historiografia social, das biografias não autorizadas. Na primeira parte, aborda-se a liberdade de expressão na sociedade democrática e na Constituição de 1988. Na segunda, as diversas formas de censura. Na terceira, a compatibilidade, com a Carta da República, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ante a exigência de autorização prévia do biografado.

PALAVRAS-CHAVES: liberdades comunicativas; censura; Constituição; biografias não autorizadas; história.

ABSTRACT

Communicative freedoms are essential to human dignity. They allow people to express their own ideas. They are also necessary for the realization of collective self-government allowing the exchange of arguments and free information in the public debate. The purpose of this article is to demonstrate the importance of unauthorized biographies for social historiography. In the first

¹ Ministro Decano do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008 e novembro de 2013 a maio de 2014). Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício do cargo da Presidência da República do Brasil, de maio a setembro de 2002, em quatro períodos intercalados.

part, I will address the importance of freedom of expression in a democratic society and its preferential position in the 1988 Constitution. The second part will analyze the different ways in which censorship can manifest itself. In the third, I will analyze the constitutionality of articles 20 and 21 of the Civil Code, which require prior authorization of the biographed to publish her own biography.

KEYWORDS: communicative freedoms; censorship; Constitution; unauthorized biographies; History.

INTRODUÇÃO

A liberdade ocupa posição de destaque na Constituição Federal. No título reservado aos direitos e garantias fundamentais, na cabeça do artigo 5º, assegura-se aos brasileiros natos e aos estrangeiros residentes no País, entre outras garantias, a inviolabilidade da liberdade. No inciso IX do dispositivo, prevê-se a liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença e, no artigo 220, a impossibilidade, considerado o campo da comunicação social, de restrição à manifestação do pensamento, de criação, de expressão ou de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

Não foram poucas as vezes em que o Supremo foi acionado para interpretar essas balizas. Na ação direta de nº 4.815/DF, relatora ministra Cármen Lúcia, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Afastou a exigência de

autorização do biografado antes da publicação da obra, tendo em conta a proibição da censura, a liberdade de expressão, a liberdade de informação.

O pronunciamento veio em boa hora. A venda do livro “Roberto Carlos em detalhes”, de Paulo Cesar de Araújo, havia sido proibida pelo cantor, e as herdeiras de Garrincha formulado pedido de indenização em virtude da publicação de “Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha”, de Ruy Castro. Situações parecidas ocorreram com as biografias não autorizadas de João Guimarães Rosa, Lampião, Paulo Leminski e Washington Olivetto.

O quadro revela descompasso em relação ao que garantido na Lei Maior. Este artigo versa os efeitos, considerado o sistema de liberdades criado pelo constituinte de 1988, da necessidade de autorização prévia de biografado.

AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E IMPRENSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito. Restaurou valores e princípios que revelam a essência de uma sociedade plural. A eficácia dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º surge como condição à consolidação das

instituições políticas, à conservação e promoção da democracia.

O sistema constitucional brasileiro prevê mecanismos voltados à concretização do princípio democrático. Na doutrina nacional, costuma-se indicar, como manifestações jurídicas desse princípio, o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico. O autor português Jorge Miranda afirma que “apenas os órgãos representativos baseados no sufrágio universal podem formar e exprimir uma vontade coletiva correspondente ao interesse geral da comunidade e a uma perspectiva de futuro”².

A separação dos Poderes é outro pilar. Confere-se, aos representantes do povo e dos Estados – vereadores, deputados e senadores –, escolhidos por meio do voto direto, a elaboração legislativa e, ao Chefe do Poder Executivo, igualmente eleito, a condução política do País. Ao Judiciário incumbe julgar os conflitos de interesses e restabelecer a paz social eventualmente abalada.

Os direitos fundamentais também são imprescindíveis. Nas palavras do professor José Joaquim Gomes Canotilho, “têm uma função democrática dado o exercício democrático do poder”. Asseguram a contribuição dos cidadãos para

² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 189-190.

o exercício da democracia. Fazem surgir ambiente propício à participação e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais³. Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, o Professor arremata:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).⁴

Jorge Miranda cita trecho do preâmbulo à Declaração Universal para assentar a importância da garantia e promoção dos direitos fundamentais: “É essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.”⁵

Nesse contexto, a liberdade de expressão tem papel relevante em suas variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à

informação e proibição da censura. Decorre do livre pensar, sendo a garantia da exteriorização deste, por meio de palavras, escritos, imagens ou qualquer outra forma⁶.

É mediante essa liberdade que ocorre a participação democrática, a possibilidade de diferentes e inusitadas ópticas serem manifestadas, sem o receio de contrariar-se o Estado ou a opinião majoritária. É, como no conto de Hans Christian Andersen, poder dizer que o rei está nu. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas.

Na redação do Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são “constitutivos do princípio democrático por antonomásia”, no que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.⁷

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 280.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 280.

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra Editora. p. 178.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 399.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Editorial Trotta, 2000. p. 78.

Também na Alemanha, o intelectual Jürgen Habermas⁸ criou teoria a combinar autonomia pública e privada⁹: as pessoas devem engajar-se, por meio do princípio do discurso, em um processo deliberativo. Com esse procedimento, surge a determinação da vontade social considerado o autogoverno coletivo. Tem-se, nas iguais liberdades de expressão, informação e imprensa, instrumental apto a orientar os rumos da sociedade. Quando os cidadãos passam a ver-se como coautores e destinatários das normas elaboradas, revela-se legítima a submissão ao Direito e às leis.

Percebe-se a importância do direito à liberdade de expressão quando analisadas as dimensões e finalidades substanciais que o caracterizam. A principal, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas, é o valor instrumental, tendo em conta funcionar como proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular¹⁰.

Em outras palavras, a liberdade de expressão é elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁹ Lógica semelhante foi utilizada por mim ao proferir voto no mandado de injunção nº 7.300, no qual assentei a relação entre a necessidade de uma renda básica e a participação democrática.

¹⁰ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 256.

ambiente no qual, sem censura ou medo, opiniões e ideologias diversas podem ser contrapostas, consubstanciando processo de formação do pensamento da comunidade política. Não obstante ser valor intrínseco, considerada a necessidade humana de exprimir publicamente os pensamentos, a instrumentalidade para a democracia tem levado autores a defender certo enquadramento preferencial da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro¹¹.

Hans Kelsen¹² afirma que a democracia se constrói sobretudo com o respeito aos direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a maioria – adoto esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de seguir pensamento majoritário, a inteligência dos Colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

¹¹ A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão desenvolveu-se na Suprema Corte dos Estados Unidos. Destacam-se os casos “Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania”, 319 U.S. 105 (1943) e “Thomas v. Collins”, 323 U.S. 516 (1945). Sobre o tema, no Brasil, confirmam-se SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 281.

José Martínez de Pisón¹³, ao estudar a prática da tolerância, ressalta:

[...] quando uma sociedade e seus governantes recorrem com tanta insistência à tolerância quer dizer que algo não está funcionando corretamente. Quando é preciso que se recorde constantemente a necessidade de respeitar as opiniões e crenças dos demais, de admitir e tolerar a diferença, isso indica que há, ao menos, sintomas preocupantes para a convivência, e, inclusive, para a coesão social.

E continua, citando Camps:

A tolerância é uma virtude indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e opiniões, a convicção de que a verdade e a razão não são absolutas, são fundamentos dessa abertura e generosidade que supõe o ser tolerante. Sem a virtude da tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo¹⁴.

Eis palavras sempre oportunas!

À medida que se protege o direito individual de livremente manifestar ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, assegura-se também a liberdade de qualquer pessoa exteriorizar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou predominante. Nesse sentido a Suprema Corte Americana, em inúmeras ocasiões, apreciando causas a evidenciarem

¹³ PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001. p.11.

¹⁴ PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 13.

colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo se resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso “Miller v. California”, 413 U.S. 15 (1973)) ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no “Falwell v. Hustler Magazine”, Inc., 485 US 46 (1988). No precedente “New York Times v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964), o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: “a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo”.

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental. Essa dimensão foi a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da Administração Pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o exercício dos mandatos eletivos¹⁵.

¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera**

Quando somente a óptica oficial pode ser divulgada ou defendida e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia. Aumenta-se o risco de formação de um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, massa de manobra.

A garantia de uma esfera pública de debate contribui para a concretização do princípio democrático e o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda da ideologia desses grupos.

A liberdade de expressão ainda pode ser entendida como garantia da diversidade de opiniões, o que, como dito, ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular sobre as matérias, sejam políticas, sociais ou históricas. Bem demonstra Jónatas Machado:

Os modernos Estados constitucionais não partem de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de

pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 266.

expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.¹⁶

Além dessas finalidades, outras tantas poderiam ser citadas: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de pacíficas transformações sociais e políticas; a criação de livre mercado de ideias, em que estimulado o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância, a educar a sociedade a ouvir e a ser ouvida – portanto, a ser democrática – e não somente a exigir a democracia como providência do Poder Público; a proteção e garantia da autonomia individual, no que a livre manifestação de pensamento constitui expressão da individualidade e da liberdade.

Impõe-se caracterizar uma dimensão social da liberdade de expressão, que não pode ser tida apenas como proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como forma de concretização do princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão ao enfoque

¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 279.

individual significa podar a democracia. Teubner alertava: “O ponto é que, à parte da esfera individual de ação, existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por isso, não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual”¹⁷.

Essa importância social e política precisa estar clara na análise do problema constitucional presente caso concreto, mesmo porque a liberdade de expressão necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possível, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar apto a desenvolver as potencialidades e a cidadania.

O Estado é democrático quando aceita diferentes manifestações do pensamento, especialmente críticas à própria estrutura e funcionamento. A tolerância política é imprescindível na regulação das relações entre ideologias e grupos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário, a liberdade se apresenta como típico direito fundamental de defesa, a albergar um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam impostas por Executivo, Legislativo ou Judiciário.

¹⁷ GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere?. *Oxford Judicial Legal Studies*, n. 18, p. 66, 1998.

Há de se proclamar a autonomia do pensamento como forma de proteção à tirania resultante da necessidade de adotar-se sempre o politicamente correto. As pessoas não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de modo distinto entre os indivíduos.

Ninguém tem o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma ideia é infalível a ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo os fragmentos.

Garantir a expressão apenas das ideias dominantes, daquelas em consonância com o que se tem como certo, ou daquelas que acompanham o pensamento oficial, significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade estabelecida. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se uma trincheira do cidadão contra o Estado quando está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, a índole procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, restringir conteúdos, o que sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia dominante. A censura de conteúdo

sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, visando impedir a difusão de ideias que lhes são contrárias.

O princípio da liberdade de expressão não é absoluto. Encontra limites nos demais direitos fundamentais, podendo surgir colisão de princípios. O descompasso, de grande relevância no Direito Constitucional, exige exame cuidadoso.

A PROIBIÇÃO DA CENSURA

As diversas formas de censura – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial, pública ou privada – têm merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos.

O Brasil possui histórico de pouco apreço à liberdade de expressão, sendo comuns episódios de cerceamento. Rui Barbosa, quando era Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, a destruição de todos os documentos referentes à escravidão. Visou apagar da memória nacional os horrores ocorridos – como se fosse possível esquecer a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e descendentes – e evitar possíveis pedidos de indenização dos senhores de engenho.

Não percebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o

fim desejado – fazer desaparecer a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil –, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudarem a fundo a história, impedindo-as de formarem consciente coletivo embasado nas mais diversas fontes.

Também durante a República a censura fez-se presente¹⁸: o regime iniciou a partir de um golpe de militares contra o Império, sobrevivendo outro quando Floriano Peixoto tomou para si a Presidência.

Em 1930, novo golpe encerrou a política do café com leite e, antes mesmo da introdução da democracia, foi implementado o Estado Novo, de 1937 a 1945. Após breve período democrático, veio o Golpe Militar de 1964, inaugurando regime que perdurou até 1985. Houve também o “Golpe dentro do Golpe” em 1968, no que editado, ante a retirada, pela chamada “linha dura”, dos militares mais “moderados” do poder, o Ato Institucional nº 5.

O passado de repressão e de intolerância com as liberdades de expressão, informação e imprensa ainda é recente na memória e cultura brasileira. A Constituição de 1988 buscou romper esse paradigma. Diversos dispositivos as consagram, demonstrando a preocupação do constituinte originário em proteger o indivíduo e o

¹⁸ LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

regime democrático contra interferências arbitrárias do Estado e cidadãos.

É proibida a censura em todas as formas de manifestação. Tem-se em conta a necessidade de viabilizar a efetiva circulação de ideias e informações, mesmo das que desagradem as maiorias de plantão. A vedação engloba não só aquela imposta pelo Estado, considerado o Poder Executivo, mas qualquer embaraço, público ou privado, ao exercício legítimo das liberdades, a incluir Legislativo, Judiciário e particulares.

O conceito de censura em sentido amplo¹⁹²⁰ alcança decisões administrativas ou judiciais, anteriores e posteriores à manifestação ou obra, a impedirem a continuidade da circulação. A Justiça também poderá incorrer em censura, ao suprimir, em contrariedade à Lei Maior, o direito de manifestação. A censura em sentido estrito tem índole administrativa e restringe conteúdo previamente²¹.

Surge a censura privada quando uma pessoa se vale do poder social para

dificultar a veiculação de ideias e informações²². Tem relação com a eficácia horizontal da liberdade de expressão, sendo necessário ponderá-la com a autonomia do particular ao qual se impute a prática de censura, porquanto a liberdade de expressão deste pode estar igualmente em jogo²³. Ocorre também quando o censor privado detém posição de monopólio ou é membro de um oligopólio de “barões da imprensa” ou de corporações de mídia²⁴, ou quando o Poder Público delega o poder de censura a entes privados²⁵.

Estabelecidas as premissas consideradas a liberdade de expressão, presente a Constituição de 1988, e a vedação à censura, tendo em conta os diferentes conceitos, ponderam-se as razões da

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275.

²⁰ As diversas formas de censura expostas foram desenvolvidas a partir de LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

²¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002. p. 486-487.

²² SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275.

²³ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275. FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 200-201; BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 151-153. LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

²⁴ BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 152.

²⁵ BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 153.

inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a exigirem, para publicação de biografia, autorização do retratado na obra.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO BIOGRAFADO PARA PUBLICAÇÃO

Se não forem lidos à luz da Constituição Federal, a redação dos dispositivos revela prejuízos à liberdade de expressão. Confirmam:

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.

A literalidade dos preceitos apenas excepciona a necessidade de autorização quando essencial à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. O legislador conferiu ao biografado direito

potestativo de controlar as informações direta ou indiretamente relacionadas à própria vida, privada ou pública.

Houve esvaziamento da liberdade de expressão, levando Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Caralho a afirmar²⁶:

“O artigo 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.”

A interpretação gramatical e descolada dos valores consagrados na Lei Maior conduz à proibição – ou inviabilização prática – da espécie literária biografia. No voto por mim proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF, fiz ver existirem dois institutos diversos: a biografia e a publicidade.

Escrever sobre alguém por meio de encomenda, ou seja, a partir de autorização, é adentrar o campo não da revelação do real perfil, mas da publicidade.

Aquele que tenha alcançado visibilidade social é um verdadeiro livro aberto, e há interesse em conhecer, mediante revelação de terceiro, a biografia.

²⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania. **Revista da AMAERJ**, n. 5, p. 15.

A moeda tem duas faces: não há apenas aspectos positivos nessa projeção nacional; há também negativos, porquanto se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito.

É preciso aceitar até mesmo a divulgação, considerados homens públicos, no sentido abrangente, de dados ligados à vida pessoal.

A privacidade do homem público é diversa da privacidade do cidadão comum. Projetando-se no campo do conhecimento dos semelhantes, passa a estar na vitrine e não pode pretender implementar atos a partir de suscetibilidades.

Há o interesse das gerações, atuais e futuras, na preservação da memória de dados nacionais, e biografia faz parte da memória nacional.

A prevalecer a necessidade de autorização, quer do biografado, quer dos descendentes, como previsto no Código Civil, o qual deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, ter-se-á suprimida parte da historiografia social.

Cumpra aguardar a veiculação do que elaborado para, posteriormente, se for o caso, chegar-se às consequências, especialmente no campo cível, sob o ângulo da indenização.

Surgindo conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução está em dar-se primazia a este último.

Não desconheço a cláusula de acesso ao Judiciário para afastar ameaça de lesão ou lesão a direito. Contudo, ao conferir aos biografados e herdeiros o poder de censurar a liberdade de expressão em sentido amplo, elegendo o que poderá ser publicado e lido, os dispositivos do Código Civil revelam censura privada²⁷, no que exercido, pelo particular, juízo de valor sobre as obras aptas a ingressarem no debate público.

Tem-se a problemática da ponderação de valores, em virtude da colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade – honra, imagem, intimidade e privacidade. Não é correto examiná-los de forma abstrata e tentar extrair regra geral.

É preciso verificar se a liberdade de expressão está configurada; se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional; se a dignidade, considerados os direitos da personalidade de determinada pessoa, corre perigo; se a ameaça é grave a ponto de justificar limitação à liberdade de expressão ou, ao contrário, constitui receio subjetivo ou vontade individual de que a opinião não seja divulgada; se o meio de divulgação sinaliza afronta violenta à dignidade, entre outras questões.

Ante conflito, o princípio da proporcionalidade funciona como mecanismo eficaz à ponderação. Desdobra-se em subprincípios a englobarem amplitude

²⁷ Cf. “R (ProLife Alliance) v. BBC”, [2004] 1 AC 185, HL.

semântica da proporcionalidade²⁸: a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito.

A partir do subprincípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), examina-se a medida adotada quanto à pertinência para concretizar o objetivo visado, presente o interesse público.

Tendo em conta o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*), a medida escolhida não deve exceder os limites indispensáveis ao objetivo. O intérprete reflete se existem outros meios igualmente aptos ao alcance do fim almejado, a custo ou dano menor comparado aos interesses dos cidadãos. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave²⁹.

Considerado o último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”, o intérprete questiona se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga

coativo-interventiva envolvida. É realizada ponderação em que se analisa a adequação entre meio e fim, ante os valores do ordenamento jurídico. Diz Robert Alexy³⁰: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”. E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”³¹.

Cumprirá sempre questionar se é razoável, dentro de uma sociedade plural, restringir determinada manifestação de opinião.

De tudo, é dado concluir no sentido da envergadura maior da liberdade de expressão, desse bem coletivo a sobrepor-se a interesses isolados e momentâneos.

Presente conflito, cabe a homenagem ao todo, reservando-se, para a fase subsequente à veiculação de fatos e ideias, a definição, se cabível e observada certa medida, da responsabilidade civil e criminal.

A óptica da liberdade de expressão como direito preferencial é compatível com

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 262; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 360; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 361.

³⁰ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de direito administrativo**, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 78, jul./set. 1999.

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 101.

a Constituição Federal de 1988 e com a ponderação mediante o princípio da proporcionalidade. Robert Alexy afirma possível estabelecer preferências de duas formas: (i) em uma ordenação flexível dos valores relevantes, considerada a Lei Maior, conferindo-se maior ônus argumentativo em favor de uma liberdade individual, da igualdade ou de interesses coletivos; (ii) por meio de uma rede de decisões concretas versando preferências, extraídas da jurisprudência das Cortes Constitucionais³².

A concepção de uma hierarquia móvel³³ material é plenamente harmônica

³² “Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação “rígida” não implica a impossibilidade de uma ordenação “flexível” e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento [...]”ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 162-163.

³³ Humberto Ávila, citando Alexy, afirma que: “A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre

com o princípio da proporcionalidade e com a ponderação de interesses. Por intermédio dela, como faz a Suprema Corte dos Estados Unidos, atribui-se preferência à liberdade de expressão, de informação e de imprensa devido à importância que o ordenamento jurídico lhes confere. É o que se extrai da Constituição de 1988, ante a reiterada disciplina da matéria e o contexto histórico e social em que promulgada³⁴.

A prevalência verificada de plano ou a hierarquia móvel concedida às liberdades de expressão, de informação e de imprensa são reforço argumentativo pela primazia no caso concreto. Essas liberdades se encaixam nas ordenações flexíveis de Alexy,

ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático. O importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas: a norma-princípio “A” sobrepõe-se à “B” sob determinadas condições “X”, “Y” e “Z”.” ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: RECHT, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, p. 216-218 *apud* ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

³⁴ A prevalência da liberdade de expressão no caso das biografias não autorizadas em razão da jurisprudência do Supremo e da importância do direito é defendida por LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

porquanto os valores subjacentes – caráter instrumental, considerados a democracia e o debate público, e importância substantiva à dignidade humana – impõem ao Poder Judiciário maior cautela.

As liberdades comunicativas também se encaixam no parâmetro da rede de decisões concretas sobre preferências do Supremo Tribunal Federal, o qual possui forte jurisprudência no sentido da importância para o ordenamento³⁵.

CONCLUSÃO

Os artigos 20 e 21 do Código Civil não conferem ao biografado direito de censura. A legislação deve ser lida à luz da Constituição Federal, e não o contrário. As

³⁵ Apenas para registrar alguns julgados recentes do STF sobre o tema, além da própria ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815, relatora ministra Cármen Lúcia, julgada em 10 de junho de 2015, que versa o tema deste trabalho e na qual reafirmada a prevalência da liberdade de expressão: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.451, relator ministro Carlos Ayres Britto, Diário da Justiça de 1º de julho de 2011; arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 187, relator ministro Celso de Mello, Diário da Justiça eletrônico de 27 de junho de 2011; STF, agravo regimental no agravo de instrumento nº 690.841, relator ministro Celso de Mello, Diário da Justiça eletrônico de 5 de agosto de 2011; recurso extraordinário nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça eletrônico de 13 de novembro de 2009; recurso extraordinário nº 208.685, relatora ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça de 22 de agosto de 2003. Confirmam, especialmente: arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, relator ministro Carlos Ayres Britto, Diários da Justiça eletrônicos de 9 de dezembro de 2009 e de 26 de fevereiro de 2010.

liberdades comunicativas não podem ser limitadas por simples capricho de uma figura pública que não queira a circulação de determinadas informações.

Como o povo brasileiro conhecerá a própria história, se ficam a critério de determinadas pessoas privilegiadas a decisão sobre o que pode e o que não pode ser publicado? O passado autoritário e a Constituição de 1988 exigem a tutela da liberdade de expressão no caso das biografias. A historiografia nacional depende da prevalência dessa óptica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RE-RE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Editorial Trotta, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

_____; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.) **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania. **Revista da AMAERJ**, n. 5.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRABER, Christoph Beat e TEUBNER, Gunther. Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?, **Oxford Judicial Legal Studies**, n. 18, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I., Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao Artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.) **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.