

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA

LIDIANE DE ASSIS ARAUJO

A DEFESA DA NÃO PUBLICAÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS SEM
O CONSENTIMENTO DO BIOGRAFADO.

Biblioteca UESPI PH8
Registro Nº 41486
CDD 342.28
CUTTER A658d
V 01 EX. 01
Data 13 / 03 / 16
Visto.....

PARNAIBA-PI

2014

LIDIANE DE ASSIS ARAUJO

**A DEFESA DA NÃO PUBLICAÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS SEM
O CONSENTIMENTO DO BIOGRAFADO.**

Monografia apresentada como requisito para a
aprovação do Curso de Bacharelado em Direito pela
Universidade Estadual do Piauí - UESPI.

Orientador: Esp. Bruno Farias Lima

PARNAIBA-PI

2014

A658d

Araujo, Lidiane de Assis

A defesa da não publicação das biografias não autorizadas sem o consentimento do biografado / Lidiane de Assis Araujo.- Parnaíba: UESPI, 2014.

48 f.

Orientador: Esp. Bruno Farias Lima

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2014.

1. Direitos fundamentais 2. Liberdade de expressão 3. Privacidade 4. Colisão 5. Proporcionalidade 6. Biografias não autorizadas I. Lima, Bruno Farias II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 342.28

LIDIANE DE ASSIS ARAUJO

**A DEFESA DA NÃO PUBLICAÇÃO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS SEM
O CONSENTIMENTO DO BIOGRAFADO**

Monografia apresentada a Universidade Estadual do Piauí como requisito para a Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Parnaíba, _____, _____, _____

Nota _____

Orientador

Examinador

Examinador.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade concedida, e pela conclusão de mais uma etapa em minha vida.

A minha família, por constituírem a base da minha vida.

Aos meus amigos e ao meu namorado.

E a Bruno Farias Lima, meu orientador, pelo compromisso, e por ser esse grande exemplo de admiração, como profissional e ser humano.

"(...) E você aprende que realmente pode suportar... que realmente é forte, e que pode ir muito mais longe depois de pensar que não se pode mais. E que realmente a vida tem valor e que você tem valor diante da vida! Nossas dívidas são traidoras e nos fazem perder o bem que poderíamos conquistar se não fosse o medo de tentar."

(William Shakespeare)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo defender a não publicação de obras biografadas sem o prévio consentimento do indivíduo biografado. Destacando-se na compreensão do tema proposto neste trabalho, encontra-se um capítulo dedicado à evolução dos Direitos Fundamentais, suas características, seu conceito, as gerações e o efeito horizontal destes, haja vista, a problemática em torno da polêmica das biografias não autorizadas girar em torno da colisão entre dois direitos fundamentais, ou seja, a concessão da liberdade expressa confrontando com a proteção da privacidade. A colisão entre os direitos fundamentais, e as suas hipóteses de colidência, e a utilização do princípio da proporcionalidade na resolução das colisões entre os direitos fundamentais, trazem junto no capítulo dois uma ideia de que mesmo fundamentais, os direitos garantidos constitucionalmente, não são absolutos, e que em algum momento ou situação enfrentarão uma realidade de choque, necessitando da utilização da ponderação e do princípio da proporcionalidade na busca por uma melhor colocação ao direito de maior prevalência ao caso em questão. O intuito da obra persiste ainda na compreensão do conceito do direito fundamental da liberdade de expressão e no direito a privacidade do indivíduo, e dessa forma traçar uma abordagem defensiva em prol da não publicação das biografias não autorizadas. Finalizando a abordagem do tema com a exposição do Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Newton Lima e da ADI impetrada pela Associação Nacional dos Editores de Livro-ANEL, ambas com a finalidade de buscar tanto, diante do Poder Legislativo, como do Poder Judiciário, a proteção e garantia plena na execução dos direitos de liberdade de expressão, suprimindo a privacidade e a intimidade pertencente a cada indivíduo, alegando, para isso, uma ofensa aos direitos fundamentais, proferida pelo disposto nos artigos 20 e 21 do nosso Código Civil. Entretanto, mesmo com base nesse argumento, a finalidade maior desse trabalho caminha em prol da defesa da não interferência na privacidade individual, acreditando ser este o direito que mais sofre condições de ataque no meio de toda a problemática

Palavras-chaves: Direitos fundamentais, liberdade de expressão, privacidade, colisão, proporcionalidade, Biografias não autorizadas.

ABSTRACT

This paper aims to defend the non-publication of profiled Works without the prior consent of the individual biography, especially in understanding the theme proposed in this paper, is a chapter dedicated to the evolution of Fundamental Rights, its features, its concept, the generations and the horizontal effect of considering the problems surrounding the controversy of unauthorized biographies, revolve around the conflict between two fundamental rights, namely the granting of freedom expressed confronted with privacy protection. The collision between the fundamental rights, and their chances of colidência and the use of the proportionality principle in the resolution of collisions between fundamental rights, bring together in chapter two an idea that even fundamental, the constitutionally guaranteed rights are not absolute, and that at some point or situation will face a shock of reality, requiring the use of weighting and the proportionality principle in the search for better placement to the right of higher prevalence in this particular case. The aim of the work still persists in understanding the concept of the fundamental right of freedom of expression and the right to Privacy of the individual, and thus draw a defensive approach in favor of non-publication of unauthorized biographies. Finishing the theme approach with exposure of Congressman authored by Bill Newton Lima and ADI filed by the National Association of Book-RING Editors, both in order to get both before the legislature, as the Power judiciary, the protection and guarantee full implementation of the rights of freedom of expression by removing the privacy and intimacy personal to each individual, claiming to do so, an offense to fundamental rights, given the provisions our articles 20 and 21 of our Civil Code, however, even the basis of this argument, the main purpose of this work goes for the defense of non-interference with individual privacy, believing that this is the right suffers most attack conditions in the midst of all the problems.

Key-words: Fundamental rights, free speech, privacy, collision, proportionality, unauthorized biographies.

SUMARIO

1-INTRODUCAO	9
2. Evolução dos Direitos Fundamentais.....	11
2.1-Gerações dos Direitos Fundamentais	13
2.2-Conceituação dos Direitos Fundamentais	15
2.3-Características dos Direitos Fundamentais.....	17
2.4-Eficácia dos Direitos Fundamentais	18
3. Colisão entre os Direitos Fundamentais	21
3.1-Hipoteses de Colisão	22
3.2-Princípio da Proporcionalidade na utilização das colisões dos direitos fundamentais.....	24
3.3-A utilização da Técnica da Ponderação	26
4. Conceituação dos Direitos de Liberdade e Privacidade.....	29
4.1-Conceito de Liberdade.....	29
4.2-Liberdade de Expressão.....	31
4.3-Diferenças entre Liberdade de Opinião, Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação	33
4.4-Conceito de Privacidade	35
4.5-Limites ao Direito da Privacidade.	37
5. O caso das Biografias não Autorizadas: A proibição destas em defesa ao direito a privacidade do indivíduo.	38
5.1-A polémica das biografias não autorizadas	38
5.2-Projeto de Lei n. 393/2011	40
5.3-ADI n. 4815.....	41
5.4- A proteção ao direito da privacidade e a intimidade do biografado.	42
6.CONCLUSÃO.....	44
7.BIBLIOGRAFIA	46

1-INTRODUÇÃO

Inicialmente, a abordagem pretendida neste trabalho tem por finalidade a defesa da constitucionalidade da proibição das “Biografias não autorizadas” e o conflito destas com o direito da liberdade de expressão, analisando contudo a Evolução e o Desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, as hipóteses de colisões e o Princípio da Proporcionalidade como uma forma pretensa na resolução do problema.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas foram às conquistas realizadas por meio desta dentro do meio social brasileiro, principalmente com relação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Entretanto, não trouxe a Carta Magna um esclarecimento transparente sobre a ordem de importância destes direitos fundamentais, ou seja, esses direitos contidos no texto constitucional não se encontram escalados sob uma ordem hierárquica de maior ou menor importância. O que existe, na verdade, são situações nas quais estes podem ser aplicados em sobreposição a outros, no caso de colisão, sendo a prevalência dada ao direito mais bem encaixado a necessidade do caso concreto.

E é nessa linha de compreensão que este trabalho abordará o tema proposto, haja vista, tratar-se de dois direitos fundamentais de grande relevância, onde, de um lado a liberdade de expressão veiculada ao direito de informação, garantida constitucionalmente, colide frontalmente com o direito da privacidade e a intimidade no que reflete a temática das biografias não autorizadas.

Essa discussão envolvendo esses dois princípios traz à tona mais um desafio ao cenário jurídico brasileiro, que é a ponderação e dosagem da melhor aplicação de um princípio que não chega a ser um questionamento de fácil resolução, ainda mais quando esses, no caso, a liberdade de expressão (relacionada a publicação de biografias sem prévia autorização) e o resguardo da privacidade e da intimidade são os direitos envolvidos na questão.

Muito se afirma sobre a liberdade de expressão dentro de um meio democrático, onde qualquer tipo de imposição a esse direito gera agressão ao resguardo de informar livremente sobre qualquer tipo de notícia ou informação, contudo, ao tempo em que democraticamente e constitucionalmente é garantida a livre manifestação de expressão, sob o mesmo parâmetro existe também a proteção ao direito de intimidade e privacidade, direitos estes que garantem que, sem o consentimento do indivíduo, nada pode interferir no mesmo, quanto mais fazer uso para fins de divulgação de fatos e situações de caráter privado. E é

nesse conflito que surge a colisão que traz a discussão, questionamentos sobre qual seria a melhor forma de dosar essas duas medidas sem que uma prevaleça de modo que descarte a importância contida na outra.

Por tratar-se de uma colisão que, nesse caso, envolve dois direitos, não seria possível manter o mesmo equilíbrio na aplicação concreta de ambos, ou seja, nesse caso, é necessária a coerência e proporcionalidade, quanto à decisão a ser tomada no diz que respeito a qual direito fundamental necessita de maior proteção no caso concreto.

Todavia, a análise feita neste trabalho buscará defender a constitucionalidade da proibição das biografias não autorizadas, utilizando-se exatamente dessa ponderação de princípios, como também terá por objetivo defender a garantia do direito a privacidade e a intimidade contida em nosso ordenamento legal sem, contudo, deixar desfavorecido e inaplicado o princípio que garante ao indivíduo o exercício da liberdade de expressão.

02. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais conhecidos e positivados nas Constituições são resultados de diversas transformações ocorridas na História ao longo dos anos, sendo que as primeiras formas de proteção individual surgiram na era da Mesopotâmia e do Egito Antigo, elencados no Código de Hamurabi¹ que consubstanciava direitos comuns aos homens, como a vida, propriedade, e dignidade, ressaltando também a supremacia das leis em relação aos governantes.

Partindo para a época compreendida entre os séculos VII a II A.C. com o surgimento do monoteísmo percebe-se os primeiros indícios que deram origem aos Direitos Fundamentais. Paralelos a esse surgimento, nasce a Filosofia como conhecimento substitutivo ao saber mitológico movido pela tradição, e que passa a usar o estudo da razão na compreensão da existência e fundamentos pertencentes à pessoa. Uma observação importante a ser feita, refere-se à de que nesse período, no qual a Filosofia passa a ser uma forma de melhor compreensão do conhecimento, a tragédia grega passa a trabalhar o homem como seu objeto de reflexão, estabelecendo-se assim os primeiros princípios e diretrizes relacionados aos direitos fundamentais do indivíduo.

Segundo Estudo realizado sobre o tema, o Professor de Direito COMPARATO (2001, p.11) faz a seguinte observação:

“É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. 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.”

Passando o estudo ao período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, época posterior ao período feudal, é que se começa a moldar uma ideia mais contundente sobre o que conhecemos hoje a respeito dos Direitos Fundamentais, ou seja, ocorre uma inversão a concepção tradicional adotada por Hobbes e Maquiavel durante os séculos XVI e XVII, onde o Estado teria como prioridade a preocupação em organizar a sociedade de qualquer forma, a todo custo, tanto na concepção adotada por Hobbes, que conferia toda força

¹ O Código de Hamurabi, apesar de consagrar a regra do “olho por olho, dente por dente”, ratificou a afirmação sobre o dinamismo dos direitos fundamentais.

e poder ao Estado, (sendo este comparado ao Leviatã que seria o monstro bíblico controlado apenas por Deus), como na ideia adotada por Maquiavel, onde o príncipe passaria a ter o primordial dever de manter-se no poder.

Assim sendo, para Mendes, Coelho e Branco (2009, p.266):

“As teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação. Estada serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.”

E nesse contexto, começa-se a entender que os direitos fundamentais além de serem direitos inerentes a qualquer ser humano, são também irrenunciáveis, e a partir dessa compreensão de inerência e irrenunciabilidade foi sendo inserida essa ideia dentro de um complexo de direitos e garantias indispensáveis tanto a dignidade da pessoa humana como na limitação do poder do Estado, o que acabou sendo decisivo na influência para elaboração da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e para a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diplomas que tiveram considerável importância como base para o Estado Democrático de Direito.

Para Norberto Bobbio, (1992,p.221)

“(...) os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. Diz o autor que "a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.”

E dessa forma, os direitos fundamentais assumiram uma nova roupagem dentro do âmbito social, quando então, passa a ocorrer a inversão tradicional na relação entre Estado e Indivíduo, ou seja, é reconhecido que o indivíduo primeiramente possui direitos e depois deveres perante o Estado, e os direitos concernentes ao Estado em relação ao indivíduo, estão ordenados e objetivados no intuito de melhorar e garantir as necessidades pertencentes ao cidadão.

2.1-Gerações dos Direitos Fundamentais.

Contextuada a ideia dos Direitos Fundamentais, estes passaram a ser classificados conforme a era pertinente ao momento histórico vivido, a essa classificação dá-se o nome de Geração ou Dimensão de Direitos². Os Direitos de Primeira Geração, segundo Pedro Lenza (2011, p.860)

“marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, e nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal, além do mais afirma ainda que, “o reconhecimento dos direitos de primeira geração surge com uma maior evidência nas primeiras constituições escritas, podendo ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do sec. XVIII.”

Nesse sentido a preocupação do Estado Liberal era apenas a de garantir proteção aos indivíduos, de modo que qualquer tipo de interferência relacionada à liberdade deste, mesmo que acometida pelo interesse público ou social era taxada como abusiva. Contudo, essa visão passou a sofrer modificações quando os problemas sociais foram se agravando. Analisando o contexto histórico, Mendes, Coelho, e Branco, afirmam, (2009, p.267.):

“O descaso para com os problemas sociais, que veio caracterizar o État Gendarme, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absentista do Estado não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento.”

Em virtude das péssimas condições de trabalho, surgem movimentos formados por grupo de proletariados, com o intuito de reivindicar melhores condições de trabalho baseados em fortes estruturas politizadas e organizadas, buscando assentir um condicionamento decente ao exercício de suas funções sendo estas proporcionadas pelo próprio Estado.

A partir daí surgem os direitos chamados de segunda geração, os direitos sociais, que exigiam uma ação positiva por parte do Estado, de modo que objetivasse o bem estar dos seus governados. Nessa segunda geração o princípio da igualdade passa a ter certo realce em face do seu atendimento por direitos a prestação e pelo reconhecimento das liberdades sociais,

² As chamadas gerações dos direitos fundamentais consubstanciam-se numa espécie de demonstração, na linha do tempo, da evolução das garantias conquistadas pelo constitucionalismo

como a sindicalização e o direito de greve. Esses direitos chamados de segunda geração são por assim dizer, direitos que passaram a garantir às reivindicações ligadas a justiça social, que em grande parte dos casos eram garantidos somente aos indivíduos de maneira única e singular.

Os chamados direitos de terceira geração caracterizam-se por ser direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano. Na conceituação de Mendes, Coelho e Branco (2009, p.268):

“Os direitos chamados de terceira geração secularizam-se pela titularidade Difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do Homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.”

Esses direitos são resultados de valores extraídos do período pós Segunda Guerra Mundial, que tiveram difusão internacional de alguns valores, são direitos destinados a prestar a proteção ao homem, mas não de forma singular, individual, mas sim de maneira coletiva, o homem como inserção do meio social, portanto esses direitos consistem em direitos difusos e coletivos ligados diretamente a dignidade da pessoa humana.

Contudo, atentando ao fato de que o direito encontra-se em constante evolução, no sentido de adaptar-se as mudanças perseguidas pela humanidade, é comum que essas gerações de direitos fundamentais não se esgotem, em apenas duas ou três gerações, haja vista a existência de uma readaptação de velhos direitos aos parâmetros vigentes, bem como a incorporação de outros valores exigidos pela sociedade.

Entre alguns juristas estudiosos ^{do} sobre o assunto, Bonavides é o mais assíduo na defesa da existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, relacionadas ao direito a democracia direta, o direito da informação e o direito ao pluralismo político.

Para Bonavides, esses direitos ligados a quatro gerações decorrem de uma globalização dos direitos fundamentais, ou seja, significa uma universalização dos mesmos no campo institucional.

Observando a proposta de Bonavides, Sarlet, citados na obra de Lenza(2011, p.863) observa que:

“A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc. Como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente

diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de Liberdade.”

A importância dessa quarta geração, se dá pelo fato da crescente evolução no que tange as tecnologias da informação, das novas formas de interação social, e, inclusive, da nova forma de acesso com relação aos órgãos públicos, sendo possível afirmar que quem tiver seu direito negado de ter condições de acessibilidade a estes órgãos, poderá ser considerado ferido em sua dignidade.

E em face disso surge a condição necessária para que o Estado forneça meios que favoreçam a inclusão digital de toda a população, oferecendo assim uma melhor forma de se incluir as classes menos favorecidas.

Contudo, é indispensável que se faça menção a distinção existente entre essas gerações de direitos, pois estas surgem com o propósito apenas de situar os diferentes momentos históricos e as reivindicações realizadas e acolhidas pela ordem jurídica. Essa sucessão de gerações não deve ser vista como forma de suplementação de gerações seguintes, pois os direitos acumulam-se e seguem válidos juntamente com os direitos da outra geração, mesmo que o significado de cada um sofra influência das concepções jurídicas e sociais prevalentes no momento vivido.

Assim, ~~pode~~ ser entendido que um novo direito ~~pode~~ ter seu sentido adaptado às novidades constitucionais atuais como, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas que traz a tona o clássico e conhecido direito à vida, que no novo cenário de conflitos passa a travar confronto com os avanços da ciência e da técnica.

Essa visão referente aos direitos fundamentais em termos de gerações significa a indicação do acúmulo realizado com a evolução dos direitos ao longo dos tempos. Não se deve, contudo, deixar de alocar todos os direitos dentro de um contexto de unidade e principalmente de indivisibilidade, pois cada direito de cada geração interage com os de outras e a partir dessa interação, passa-se a encontrar o caminho da compreensão.

2.2-Conceituação dos Direitos Fundamentais

Ao conceituar o que venha a ser os Direitos Fundamentais, deve-se ter em mente que essa seja uma tarefa de grande importância, pois partindo dessa conceituação, é possível tanto ao aplicador das normas como ao estudioso do tema, identificar dentro do ordenamento

jurídico ou na própria Constituição, quais são as normas de direitos fundamentais e quais não são.

Os direitos tidos como fundamentais necessitam de um conteúdo normativo, além de um conteúdo axiológico, de maneira que somente pode ser considerado como fundamentais aqueles direitos onde o povo, por meio do qual o seu constituinte originário o fez reconhecer, ou seja, o aspecto material (conteúdo axiológico), conjugado ao aspecto formal (conteúdo normativo) são condições para que seja considerado um direito fundamental como tal.

Dentre alguns conceitos adotados por estudiosos sobre a conceituação dos Direitos Fundamentais, Demolis e Martins (2012, p.40), conceituam como sendo:

“Direitos publico-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.”

Ainda nesse contexto, os direitos fundamentais são aqueles incorporados ao ordenamento jurídico constitucional de determinado país, ainda que implicitamente. Por isso que se entende que seja tido como fonte primária dos direitos fundamentais a Constituição, cabendo às leis infraconstitucionais o dever de apenas disciplina-las.

Porém, isso não importa dizer que todas as normas previstas no dispositivo constitucional tratam apenas de normas de direitos fundamentais, haja vista que para ser considerado desse modo elas precisam estar ligadas ao fio que liga a dignidade da pessoa humana e a limitação estatal.

No que consta dentro do ordenamento constitucional brasileiro, é possível que o estudioso da ciência jurídica tenha a compreensão de que os direitos fundamentais são apenas aqueles previstos no Título II da Constituição de 1988, elencados entre os artigos 5º e 17, referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Entretanto, essa concepção não deve ser tomada como absoluta, haja vista que os direitos previstos no Título II da Constituição que trata dos direitos e garantias fundamentais não esgotam a possibilidade de que a ideia desses direitos encontram-se limitadas somente a este dispositivo.

A própria Constituição estabeleceu em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que,

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Então, em breve resumo, pode-se conceber que os direitos fundamentais são aqueles que se encontram previstos no Título II da Constituição, os que decorrem do regime e dos princípios adotados por ela, com a condição limitada ligada a dignidade humana e a limitação do poder estatal e aqueles com previsão nos tratados internacionais de direitos humanos, internalizados ao ordenamento jurídico interno na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição de 88³.

2.3- Características dos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem muitas características, a seguir algumas foram elencadas, com o intuito de compreender melhor a importância pertencentes a estes direitos.

Historicidade: Os direitos fundamentais são uma construção histórica, ou seja, a ideia do que seria o conceito desses direitos varia conforme o momento de cada época e de lugar para lugar, variando também de costumes para costumes, pois a visão de igualdade de Direitos entre os sexos existentes por exemplo no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, inciso I), não correspondem a mesma existente em países de tradição muçumana, em afirmação já dizia Bobbio (1992, p.5-19):

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”

Relatividade: Não existe direito absoluto, haja vista muitas vezes ocorrer na aplicação ao caso concreto, colisão, confronto, ou conflito de interesses dos direitos envolvidos. Nesses casos a solução a ser aplicada pode ser encontrada ou dentro do ordenamento jurídico, ou dependendo da interpretação feita pelo aplicador do direito, devendo sempre o mesmo na aplicação da melhor medida a ser tomada no caso concreto, decidir

³“Art. 5 (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

conforme observação nos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-os com a mínima restrição possível.

De acordo com Konrad Hesse (1998, p. 256):

“A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.”

Imprescritibilidade: A não utilização de um direito fundamental, não faz com que ele caia em prescrição ao longo do tempo, tendo em vista que por ser este um instituto jurídico que tem por objetivo atingir somente os direitos que possuem caráter patrimonial, não exercendo, portanto nenhuma condição em relação aos direitos personalíssimos.

Inalienabilidade: Possuem essa característica, porque não podem ser alienados, ou seja, são direitos que não podem ser vendidos, nem doados e nem emprestados, possuem eficácia objetiva, pois embora sejam direitos pessoais, também possuem direitos ligados ao interesse da coletividade.

Irrenunciabilidade: Aos direitos fundamentais é cabível o seu não exercício, porém a sua renúncia não deve ser feita em caráter absoluto, e quando feita deve possuir caráter temporário de forma que não afete a dignidade da pessoa humana.

Universalidade: Estão condicionados, de maneira indiscriminada a todos os seres humanos, os direitos fundamentais, conforme aponta Ferreira Filho (1999, p.282):

“(...) a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média.”

Concorrência: Podem ser exercidos de forma cumulativa, quando, por exemplo, um jornalista emite uma notícia, utilizando-se do seu direito de informação, e ao mesmo tempo transmite sua opinião, exercendo seu direito de opinião.

2.4-Eficácia dos Direitos Fundamentais.

Em tempos passados acreditava-se que a incidência dos direitos fundamentais recaia apenas nas relações entre o indivíduo e o Estado, a denominada eficácia vertical, que

nada mais era do que a eficácia dos direitos fundamentais entre um poder superior (Estado) e um inferior (indivíduo).

Com efeito, e em face do fato dos direitos fundamentais possuírem uma feição objetiva na qual o Estado fica obrigado a criar condições necessárias para que os indivíduos obedeçam no âmbito de suas relações entre si os direitos fundamentais, o constitucionalismo moderno passou a admitir uma nova forma de eficácia, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Surgida na Alemanha a eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve por escopo a incidência desses direitos nas relações privadas, o que passou a significar que estes direitos não teriam aplicação somente nas relações entre o Estado e o Cidadão (eficácia vertical), mas também passariam a incidir nas relações entre particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

Ocorre que além do Estado encontrar-se obrigado a não violar os direitos fundamentais, ele teve que instituir outras formas para que não houvesse tal violação, seja por meio de seus poderes constituídos, ou pelos próprios particulares nas suas relações entre si.

Essa prerrogativa de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra a intervenção de terceiros é conhecida como “direito a proteção”, nela consiste a adoção de medidas tomadas pelo Estado de modo a regulamentar atos administrativos, ou até mesmo ações fáticas, que objetivem a demarcação de esferas dos sujeitos de direito de uma mesma hierarquia.

Mendes, Coelho e Branco (2009, página 311), observam que a Constituição Federal traz em seu bojo, ora direitos voltados exclusivamente para particulares, ora voltados apenas para o Estado. No primeiro caso, pode-se citar como exemplo o Art. 7º, XVII, da Constituição de 1988, que assegura ao trabalhador o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do salário normal. No segundo caso, cita-se como exemplo o preceito constitucional que dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.⁴

Neste óbice, é importante mencionar a existência de três vertentes teóricas relacionadas a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quais sejam: a primeira delas refere-se a teoria *state action* (ação estatal) predominante no Estados Unidos da América, que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas; a teoria do efeito direto, que apregoa que os direitos fundamentais incidem apenas indiretamente nas relações entre

⁴ “Art. 5º.(...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

particulares, servindo tão somente como orientadores para a aplicação do direito infraconstitucional;.

03- COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A Colisão entre os Direitos Fundamentais ocorre sempre que dois ou mais direitos amparados pela Constituição, em mesmo valor, entram em conflito, e na busca para um melhor entendimento sobre essa situação conflituosa, necessário se faz compreender uma distinção básica entre o que seriam regras e princípios, e sua equivalência nos casos em que os Direitos Fundamentais passem a entrar em colidência.

Dois grandes autores são referência no que tange sobre o assunto regras e princípios são eles, Ronald Dworkin⁵ e Robert Alexy⁶.

Para Dworkin – crítico férreo ao positivismo jurídico, seria equivocada a maneira na qual os positivistas compreendem o direito, haja vista que estes entendem ser o direito um sistema composto apenas por regras, o que não implica espaço para os princípios na aplicação no caso concreto, impossibilitando, por exemplo, fundamentação as decisões de casos complexos, onde o juiz não consegue identificar nenhuma regra aplicável a não ser por meio da discricionariedade judicial.

Nos ensinamentos de Dworkin, na obra de Ávila, (2005, p.38)

“as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.”

Verifica-se, portanto, nesse caso que os princípios, ao contrário do que rege as regras, possui uma dimensão de peso e não de validade, podendo ser constatada no caso hipotético de colisão, onde o princípio que possui peso relativamente maior sobrepõe-se ao outro princípio relativamente menor, sem que com isso este perca sua importância.

Nesse caso, percebe-se que a proposta de Dworkin possui uma diferenciação baseada em relação a uma estrutura lógica, embasada em critérios classificatórios e não em uma distinção de grau e comparativos.

⁵ Filósofo do Direito norte-americano, conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e Filosofia Política. Sua teoria do *direito como integridade* é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito.

⁶ Um dos mais influentes filósofos do Direito Alemão contemporâneo. Graduou-se em direito e filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais* - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito

Robert Alexy, baseando sua ideia nas considerações de Dworkin, torna ainda mais consistente o conceito de princípios. O autor considera os princípios jurídicos como uma espécie de norma jurídica, onde através deles são estabelecidos os chamados deveres de otimização, aplicados em diversos graus.

Com isso, ensina o autor que os princípios possuem uma única dimensão de peso, e não determinam de forma direta as consequências sofridas, ao contrário das regras. Dessa forma somente a aplicação dos princípios nos casos concretos evidencia a sua concretização, e em casos onde houver a colisão entre os princípios, devem estes solucionar-se por meio de regras de prevalência, através da ponderação dos princípios em conflitos. Para Alexy (2007, p.90 e 91.) o ponto fulcral na distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa, e não uma distinção de grau. Vejamos:

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

Assim, é possível compreender que os princípios são aplicáveis em diversos graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas, enquanto que as regras aplicam-se conforme a validade estipulada em sua condição, não podendo ser flexionada diante da concretização do caso em questão.

3.1-Hipoteses de colisão

Em busca de uma melhor distinção entre os princípios em colisão é necessário inicialmente determinar as situações em conflito. Essas situações estão divididas de três formas: a concorrência de direitos, a colisão de direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelados.

Na visão de Canotilho, (2002, p.287), a concorrência de conflitos entre os direitos fundamentais, entende-se da seguinte forma,

“(...) ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.”

Não existe na concorrência de conflitos entre os direitos fundamentais, uma oposição de aspiração jurídica requerida por mais de um titular, o que existe neste caso é apenas um único titular e mais de um direito fundamental expresso que concorrem para uma subsunção do comportamento do seu titular.

Já em relação à colisão de direitos fundamentais, segundo o esclarecimento de Caran (1994, p.289)⁷, a colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental resulta no prejuízo de um outro direito também protegido pela Constituição.

E no caso dos conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelado, define Canotilho, esses conflitos de duas formas: na primeira delas “(a) *entre vários titulares de direitos fundamentais; b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado*”. Portanto, essas colisões referem-se aos conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais e o choque dos direitos fundamentais propriamente ditos, porém ambas as situações são espécies de colisão.

Portanto, dessa forma, essa caracterização propõem duas maneiras, segundo a concepção de Alexy, (1997, p.607), dando ensejo a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e no sentido amplo,

“Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem, quando há uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição”

⁷Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: La Garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales, “(...) *el ejercicio de un derecho fundamental implica una contradicción o uno perjuicio de un bien jurídico protegido por el texto constitucional*”

Portanto, entende-se que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e a colisão em sentido amplo, manifestam-se também como formas de concorrência dos direitos fundamentais.

3.2- Princípio da Proporcionalidade como técnica na utilização das colisões dos direitos fundamentais.

No que tange a resolução das questões envolvendo os direitos fundamentais, estas se encontram regidas pelo princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, tem por escopo realizar o sopesamento dos direitos envolvidos, segundo os critérios envolvidos em seus elementos parciais, quais sejam, o da adequação, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Nas palavras de Silva.(2002, p.24) sobre um conceito preliminar relacionado ao princípio da proporcionalidade temos:

“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.”

A doutrina de Marmelstein (2008, p. 372) ensina que *“para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade.”*

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade vem a ser um instrumento indispensável no que diz respeito ^{a aferição} ao ~~aferimento~~ da legitimidade das leis e atos administrativos que restringem os direitos fundamentais, que, segundo de Sarmiento (2002, p.77), *“é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”*. Por essa razão, o princípio é chamado de limite dos limites.

A teoria que envolve o princípio da proporcionalidade vem tornando-se a cada dia um instrumento utilizado, onde através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre os princípios que tem por fim solucionar as colisões ocorrentes entre eles.

Atualmente é possível dizer que o princípio da proporcionalidade vem ocupando uma posição de destaque no âmbito do Direito Constitucional, haja vista ter se tornado, no que diz respeito aos direitos fundamentais, a caracterização dos limites que exigem respeito, e nos casos de colisão tornou-se um parâmetro a ser utilizado.

É um princípio que não deve ser confundido com o princípio da razoabilidade, nem, muito menos, com o princípio da vedação ao excesso, na visão de Antunes, (2006, p.17), que afirma que:

“o princípio da proporcionalidade possui uma maior abstração do que o princípio da razoabilidade, ainda, vislumbra-se que a razoabilidade possui uma função negativa, enquanto que a proporcionalidade uma função positiva.”

No cenário jurídico brasileiro, a proporcionalidade é tida como um princípio e tem aplicação considerável no judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos no Texto Maior.

Marmelstein (2008, p. 385) afirma que:

“o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.”

Desta maneira, e por uma melhor adequação entende-se que devem ser utilizadas medidas apropriadas no que diz respeito a finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir, na lição de Cristovam (2010, p.07), necessário se faz, o questionamento sobre se o meio escolhido foi adequado e pertinente no alcance do resultado almejado, caso não o tenha, considera-se desrespeitado o princípio da proporcionalidade, onde a medida deve ser então anulada pelo poder Judiciário.

Nas palavras de Cristóvam (2010, p. 07):

“O subprincípio da necessidade exige que o poder Judiciário apure a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou a coletividade”.

Portanto nesse caso a medida deve ser estritamente necessária, não podendo ser demasiada, e nem, muito menos insuficiente.

Assim, a proporcionalidade quando tratada em sentido estrito estará atrelada a ponderação dos direitos em questão, nesse caso ocorrera uma análise sobre as vantagens e desvantagens trazidas por ela, essa técnica da ponderação trata-se de um meio indispensável na verificação da existência da proporcionalidade em sentido estrito dentro de um caso concreto, posto como dito anteriormente, caso não utilizada, devera o judiciário tê-la como nula.

No que refere-se a realização da ponderação dos interesses constitucionais, é preciso que seja utilizado o principio da proporcionalidade, haja vista ser este o integrante primordial na utilização desta técnica indispensável

3.3- A utilização da técnica da ponderação.

Com o intuito de solucionar as colisões existentes entre os princípios, a técnica da ponderação se faz necessária com a finalidade de resolver os casos existentes por meio da teoria da proporcionalidade. Varias são as situações existentes em que as técnicas tidas como tradicionais não chegam a ser suficientes na solução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais e os valores atrelados a eles. Conforme demonstra Marmelstein (2008, p. 386):

“A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.”

Já no conceito de Barroso (2009, p.334) a ponderação é uma *“técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”*.

Considerando também o entendimento de Antunes (2006, p.08), nesse sentido onde menciona que:

“O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença Lüth em quinze de janeiro de 1958, na qual analisou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O TCF decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção. Aludida preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.”

E foi a partir do caso Luth⁸ que a técnica da ponderação de direitos passou a ser utilizada de maneira consolidada, não só na Alemanha como em outros países.

Em uma situação de caso concreto, onde ocorre uma colisão de direitos fundamentais, no qual essas normas possuindo mesma hierarquia, sendo ambas tida como válidas, tanto a decisão normativa, legislativa ou judicial devem observar o imperativo da otimização e da harmonização dos direitos conferidos, atendendo ainda os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática .

No que consiste a técnica de ponderação ensina Marmelstein (2008, p. 387) que:

“(...) o jurista deverá, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.”

Na concepção de Moraes, (2003, p. 61):

“quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”

⁸Lüth convocara o público alemão a boicotar os filmes, mesmo produzidos depois de 1945, por Veit Harían, que fora um proeminente diretor de cinema nazista. O tribunal de Hamburgo afirmou que incitar o boicote correspondia a infringir a legislação civil alemã sobre a ordem pública, já que obstava o soerguimento social do diretor, depois de ter passado por processo de desnazificação. O Tribunal constitucional, porém, entendeu que a proposta de Lüth se ajustava ao âmbito normativo da liberdade de expressão e que esse direito haveria de ser ponderado com outras considerações constitucionais pertinentes, devendo a legislação civil ser interpretada, no caso, de acordo com essa ponderação. A Corte estimou que, no caso, a liberdade de expressão teria prioridade, atendendo, assim, à queixa deduzida por Lüth. O precedente ilustra a doutrina de que os direitos fundamentais também podem ser invocados em relações entre particulares, alargando-se, portanto, por todas as áreas do Direito, e enfatiza que, em havendo colisão, não há se escapar de um juízo de ponderação.

Entretanto, existem alguns casos em que não é possível constatar a existência dessa harmonização, como explica Marmelstein (2008, p. 394):

“é nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto.”

Com isso, fica compreendido que antes da utilização da ponderação, onde será realizada a prevalência de um direito sobre o outro, é necessário que se tente solucionar o caso da colisão por meio da harmonização entre os princípios envolvidos. Conforme explana Sarmiento (2002, p. 99), deve-se *“proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los”*.

Detalhe importante deve ser atentado, pois antes que seja realizada a solução dos conflitos, quando estes tratarem de direitos fundamentais, faz-se necessário também a realização da identificação dos limites imanentes de cada direito. Esses limites para Sarmiento (2002, p. 100), *“representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”*.

E em face dessa representação fica sendo possível observar que a fixação dos limites imanentes é anterior a resolução dos conflitos, pois só se caracterizará o conflito se a situação concreta se contiver no interior dos limites imanentes de mais de uma norma constitucional.

Observar até aonde vai o limite de um princípio, para constatar a existência ou não de um conflito, não é uma missão tão simples, pois ao delimitar um princípio é preciso que se faça a aplicação dos princípios a partir de um caso concreto.

Ao constatar a existência de um conflito, é possível dar início a ponderação referente aos interesses em conflito. Nessa fase ocorre o sopesamento dos valores envolvidos no caso.

Atribuído os pesos aos princípios é necessário decidir a intensidade na qual o grupo de normas deve prevalecer ao caso concreto, como ensina Barroso (2009, p. 335), *“todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade”*.

Sarmiento (2002, p. 104) fala da necessidade do julgador em encontrar o peso genérico que a ordem constitucional confere a determinados princípios e ao peso específico atribuído no âmbito do caso concreto, afirma ainda, que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar.

Seguindo na mesma linha, o autor reafirma a importância dada ao princípio da proporcionalidade quando diz que, *“as restrições devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão- adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”*.

Outro ponto importante, e que não pode ser esquecido, diz respeito à decorrência lógica da atribuição dos pesos do processo de ponderação, trata-se da Argumentação Jurídica, onde por meio dela os interesses contrapostos serão definidos, com o intuito de atingir a solução da colisão entre os direitos, decidindo-se pela aplicação do princípio que deverá ser aplicado ao caso concreto e o seu grau de intensidade apresentado. É por meio da argumentação jurídica que se torna possível a aproximação do controle de racionalidade das decisões judiciais.

Barroso (2009, p. 338) afirma que *“nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o interprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio”*

Contudo, a utilização da técnica de ponderação dos princípios, mesmo sendo de grande valia nas interpretações dos casos em que ocorrem colisões, pode acarretar riscos ao servir de maneira mal utilizada aos subjetivismos demasiados, envolvendo avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar conforme as circunstâncias pessoais do interprete e de outras influências, e por isso, em face deste entendimento, é preciso entender que alguns limites exigem respeito necessário, para que seja realizada uma justa ponderação dos princípios postos em conflito.

4- Conceituação dos direitos de Liberdade e de Privacidade.

4.1- Conceitos de Liberdade

Definir a exatidão do conceito de liberdade não está entre uma das tarefas mais simples, haja vista a alta carga de subjetividade acarretada por esta, e as condições e variações decorrentes de cada momento histórico vivido.

Com isso, além da elevada complexidade em definir o conceito de liberdade, outro ponto a ser considerado diz respeito ao seu caráter ambivalente, ou seja, em outras palavras, é possível dizer que quando um Estado no qual sua constituição e conseqüentemente as suas leis infraconstitucionais conferem liberdade irrestrita aos seus governados, corre um sério risco de torna-se um Estado a margem do anarquismo, ao mesmo tempo em que se o Estado age suprimindo totalmente de maneira férrea a liberdade de seus governados, este ente sem sombra de dúvidas, caracteriza-se um Estado Déspota.

Na difícil missão em definir o conceito de liberdade, Jabur (2000, p.142 e 143), analisa:

“Liberdade é, pois, atributo da vontade. Mas não só. É também direito. A liberdade, como virtude do querer, ou faculdade de autodeterminação é concebida como um poder. Deriva da natureza e encontra seus limites no próprio homem. Este é o primeiro sentido do termo. Mas quando adquire o status de faculdade jurídica, liberdade significa autorização [...]. Dentro desse segundo juízo, liberdade é insubmissão a um imperativo jurídico.”

Seguindo nesse mesmo raciocínio, Thomas Hobbe (apud Alexy, 2012, p.219), afirmava que *“liberdade designa exatamente a ausência de oposição”*. Dessa maneira, o ser humano na condição de ser livre é aquele que pode fazer o que entender, desde que com isso, não surja nenhum impedimento ou obstáculo. Em seguimento a este mesmo pensamento, Jeremy Bentham (apud Alexy, 2012, p. 226) formula que *“desde que o legislador não tenha ordenado ou proibido nenhum ato [...] todos os atos são livres: todas as pessoas estão em liberdade em face da lei”*.

Assim, desta forma ao idealizar a liberdade, importa considerar esta, junto ao interesse pessoal, resguardado pelo ordenamento jurídico, perfazendo então um direito subjetivo, com a *voluntas legis*. Em outras palavras, é considerar a liberdade de um indivíduo e seu usufruto dentro dos parâmetros condicionados da sociedade e do Estado.

O direito a liberdade, trata-se, portanto de um direito demarcado pelo ordenamento jurídico, onde este surge como a única garantia da fruição de referido direito pelos diversos atores sociais, ressaltando que a liberdade exacerbada pode gerar a supressão da liberdade de outrem. Sobre o tema, segundo Stuart Mill (2011, p.30), *“tudo o que torna a existência valiosa para qualquer pessoa depende da imposição de limites às ações das outras pessoas”*.

Esse direito encontra-se consagrado, como direito fundamental, em quase todos os ordenamentos do orbe, bem como nos tratados, e convenções internacionais que tratem dos direitos humanos.

A Constituição Federal prevê a liberdade como direito fundamental, *in verbis*:

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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Além de elencar-se como direito fundamental, a Constituição cobre o direito a liberdade na condição de clausula pétrea, *in verbis*:

Art. 60 [...]

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

IV - os direitos e garantias individuais.

A estratégia do constituinte originário, ao elencar o direito a liberdade, no rol dos direitos fundamentais, foi justamente na condição de limitar o poder Estatal que deve observar, tanto quanto aos particulares, quanto aos imperativos jurídicos, não podendo atuar, nem aquém e nem além dos parâmetros legais e constitucionais.

E dessa feita, assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade precisa ser analisada tanto na sua dimensão subjetiva como na objetiva, tendo em vista que o indivíduo possui o direito de exercê-la, dentro dos limites legais, sem a intromissão externa, tanto dos poderes estatais instituídos, como dos particulares. O Estado tem o dever de contribuir em ações voltadas no sentido de assegurar que o direito a liberdade possa ser exercido sem obstáculos embaraçosos.

4.2-Liberdade de Expressão

Realizada uma breve conceituação sobre o direito a liberdade, outro ponto importante na caracterização deste trabalho é entender o que significa a liberdade de expressão, pois embora a Constituição garanta a proteção a este direito, é preciso que se realize uma análise distinta para uma melhor compreensão da abrangência e do alcance da mesma.

A liberdade de expressão "*consiste no direito a livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento.*" (Rodrigues Junior, 2012, p.56)

É considerada também, condição *sine qua non*, para a realização de uma pessoa como sujeito individual e como sujeito político, segundo as palavras de Ansuategui, (1990, p.9)⁹:

"No primeiro sentido, a pessoa, para expressar suas idéias e opiniões, desenvolve seu potencial intrínseco, defendendo potenciando sua autonomia individual e, por outro, o cidadão contribui para a formação da opinião pública, e participa, através do canais democráticos de intervenção proposta, as decisões políticas em, formação da vontade definitiva política. Em participação prática na construção da soberania popular "

No entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a liberdade de expressão abrange um componente negativo, qual seja: o direito de não ser impedido de exprimir-se, e um componente positivo, isto é: um direito positivo de acesso aos meios de expressão.

É óbvio que a liberdade de expressão também abrange o direito de não se manifestar, ou seja, ela permite que o indivíduo se utilize do seu direito ao silêncio.

Em referência a titularidade no exercício dessa liberdade, qualquer pessoa pode ser um sujeito ativo, e não apenas aquelas que fazem da comunicação de ideias e informações a sua profissão.

Detalhe importante deve ser dado ao pensamento objeto da expressão, pois este não necessita de certas características como, por exemplo, a veracidade ou a inteligibilidade, isto é, pode consistir simplesmente numa manifestação incompreensível.

Outro ponto a ser debatido, é a admissão, ou não, de linguagem simbólica como manifestação da liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte reconheceu a recusa de crianças testemunhas de Jeová em saudar a bandeira nacional como manifestação da liberdade de expressão, assim como admitiu a queima de bandeiras e o uso de braceletes negros nas escolas como forma de protesto contra a guerra do Vietnã.

Contudo, como bem salienta José Alexandrino, a liberdade de expressão constitui "*a primeira e a matricial liberdade fundamental. E deste núcleo que brotam todos os demais direitos; pelo que onde ele não for respeitado, não há outros direitos fundamentais que subsistam.*"

⁹ "En el primer sentido, la persona, al expresar sus ideas y opiniones, desarrolla sus virtualidades intrínsecas, defendiendo y potenciando su autonomía individual, en el segundo, el ciudadano contribuye a la formación de la opinión pública, y participa, a través de los cauces democráticos establecidos, en las decisiones políticas, en la formación de la voluntad política. En definitiva, participa en la construcción práctica de la soberanía popular." ANSUATEGUI ROIG, Francisco J. Anuario de Derechos Humanos, 1990 n.6, p.9

Além disso, ela “*traduz a concretização mais próxima do princípio da dignidade da pessoa humana.*”.

4.3- Diferenças entre Liberdade de Opinião, Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação.

Na especificação sobre o direito a liberdade de opinião e de expressão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que este direito consiste basicamente, de acordo com a obra de Rodrigues Junior, (2009, p.59):

- “1-O direito de não ser inquietado pelas suas opiniões;
- 2-O direito de investigar;
- 3-O direito de receber informações e opiniões; e
- 4-O direito de difundir, sem consideração de fronteiras, tais informações e opiniões (ou ideias).”

A partir dessa definição, contida na Declaração Universal, o direito a liberdade de opinião e de expressão acabou por englobar o direito a informação¹⁰.

Entretanto, na opinião de Jorge Miranda, esses direitos não se confundem, tanto que foram identificados no art.37, n 1, da Constituição Portuguesa¹¹. Com isso, segundo este mesmo autor, a liberdade de expressão abrange,

“Qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças ,convicções,ideias,ideologias,opiniões,sentimentos ,emoções, actos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto, o silencio..A liberdade de informação tem em vista a interiorização de algo externo:consiste em aprender ou dar a apreender factos e notícias e nela prevalece o elemento cognoscitivo.”

Nesse caso, é possível observar de forma clara, com base na definição anterior que, enquanto a liberdade de expressão significa tão somente o que pode ser tido como uma manifestação de opinião (um juízo de conteúdo valorativo), a liberdade de informação reflete a comunicação sobre um fato (notícia).

Isolar a expressão em relação a pensamentos, ideias e opiniões de uma restrita comunicação informativa, não constitui uma tarefa de simples execução, pois a expressão de

¹⁰ Em termos históricos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o primeiro texto a reconhecer a liberdade de informação, ainda que de forma conexas com a liberdade de expressão.

¹¹ Art.37, n.1:” Todos tem o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar, e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.”

pensamentos necessariamente tem por apoio a narração dos fatos e, inversamente, a comunicação de fatos e notícias nunca ocorre em estado “puro”, pois quase sempre contém algum elemento valorativo.

Na concepção de Luiz Brito Correia, esta consiste em uma distinção quase que impossível, *“uma vez que toda a comunicação sobre factos pressupõe um juízo valorativo sobre a fonte de informação e uma seleção do que é relevante, os quais podem influenciar a opinião do público destinatário.”*

Nesse contexto, muito mais crítico é o entendimento de Guilherme Pereira quanto a afirmação de que as opiniões, ideias e críticas valorativas não são suscetíveis de análise quanto a verdade ou a falsidade. Segundo este, trata-se de um critério deveras falho, baseado em noções gnosiológicas mal equacionadas, porque,

“Faz supor que apenas o estritamente factico, circunstancial e contingente e externo ao homem, ou que apenas a apreensão dessa realidade factica e a sua posterior comunicação são passíveis de objetividade. Quaisquer outras apreensões do real e subsequente comunicação seriam irremediavelmente “subjetivas” : seriam apreensões de uma realidade externa “manchada” por elementos, isto é, pelos juízos de valor internos. Ora, nessa visão, quaisquer juízos de cunho filosófico ou sociológico seriam juízos sobre realidades intrapessoais.”

Apesar da divergência doutrinária sobre o assunto, um fato importante diz respeito que tanto a comunicação de informações quanto a de opiniões são amplamente asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e também nos ordenamentos jurídico português e brasileiro, podendo-se inclusive dizer que existe uma tríade de direitos compreendidos na liberdade de informação, quais sejam:

1-Direito de Informar: Consiste na faculdade de comunicar informações a outrem sem impedimentos.

2-Direito de se Informar: Consiste na faculdade de obter informações sem impedimentos.

3-Direito de ser Informado: Consiste na liberdade de receber informações integras, verdadeiras e contínuas, sem impedimentos.

Porém, dentre esses três direitos, atribui-se importância mais significativa ao direito de ser informado, haja vista que se trata, nas palavras de JABUR (1999, p.169) *“direito-pressuposto para o correto encadeamento de ideias, fase do processo de formação de opinião.”*

Ao ignorar ou restringir o acesso à informação verdadeira, o interprete estaria impossibilitando a formação adequada do juízo de valor, razão pela qual se mostra acertada a afirmação de que o direito de ser informado é *"o que mais próximo(...) chega do núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana"*¹². E além da proteção quanto à integridade moral do ser humano, o direito a informação, *"é precipuamente uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma, e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública."*¹³

Importante detalhe a ser lembrado, é o de que o direito de ser informado é, em rigor, redundante, haja vista que não existe comunicação quando a mensagem não possui receptor. Trata-se portanto de mero reflexo do aspecto ativo do direito de informar.

O que não enseja importância ao direito de informar e de ser informado, pois o que ocorre é que esse direito já se encontra de certa forma, contido na liberdade de expressão, além do mais, tal direito, já foi, em grande parte dos Estados Democráticos de fato e não apenas de direito, definitivamente assegurado, embora não podendo dizer o mesmo em relação ao direito da sociedade de receber informações absolutamente integras, verdadeiras e independentes.

Contudo, embora seja inegável a distinção entre o direito a liberdade de expressão, e o direito a liberdade de informação, é também manifesta a sua profunda conexão ou, em outras palavras, a sua interligação. Na verdade, trazendo a questão para termos práticos, entre a liberdade de opinião ou de expressão e mesmo a liberdade de imprensa, não existe nenhuma diferença substancial relativa aos seus conteúdos. A conexão entre os aludidos termos deu-se de maneira natural a partir da invenção da imprensa no século XV, onde esta passou a ser o instrumento fundamental das difusões das ideias, das transmissões das mensagens e também da comunicação pública entre as pessoas.

4.4- Conceituação de Privacidade.

Na concepção de Mendes, Coelho, e Branco, (2009, p.420), o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. Esse conceito, é tratado para diferenciar o conceito de privacidade do conceito de intimidade, que nas palavras dos referidos autores,

¹² ALEXANDRINO, José. Estatuto Constitucional... p.123

¹³ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos...p.241.

teria este direito por objeto as *“conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.”*

Seria então o direito a privacidade, caracterizado como sendo aquele em que o indivíduo faz valer a sua escolha, em querer estar sozinho, recluso em seu meio particular, sem a interferência, ou o incomodo de alguém.

Na busca por um conceito mais amplo de privacidade, Vieira (2007, p. 23) assim leciona:

“O direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de constringer os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal sejam estas sensíveis ou não – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros. Nesse sentido, o direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados [...] Tem, intrinsecamente, natureza negativa ao proteger o titular das intromissões de terceiros; e, de outro lado, natureza positiva ao permitir que o próprio indivíduo controle o que deve ser conhecido e o que não deve ser conhecido pelos demais, expressão da liberdade que lhe é ínsita.”

A reclusão periódica faz parte da vida de todo homem, o que inclusive surge como uma necessidade para a sua saúde mental. Além do mais a privacidade é um elemento de suma importância para o desenvolvimento da livre personalidade, já que a observação alheia, submissão a qual estamos todos inseridos, atrapalha de certa forma o enfrentamento para novos desafios.

No que tange a exposição a qual estamos inseridos com relação a erros, fracassos e dificuldades em algum momento da vida, seria de total desnecessidade todos esses momentos serem compartilhados com terceiros, sem o consentimento de quem os vive, pois sem a tranquilidade emocional auferida pela privacidade, não há como o indivíduo se auto avaliar, medir perspectivas e trabalhar na realização de suas metas.

Tércio Sampaio Ferraz, citado na obra de Mendes, Coelho e Branco, entende que esse direito é,

“um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e

discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular"

No entendimento de Mendes, Coelho e Branco, (2009, p.421), o conceito é abrangente e, de fato, aponta ângulo útil para a identificação de casos compreendidos no âmbito de proteção do direito à vida privada. Subsistem, de toda sorte, alguns pontos de polêmica quando nos confrontamos com situações concretas, que se candidatam a incluir-se no âmbito normativo do direito à privacidade.

De fato, uma observação relevante quanto ao direito de privacidade diz respeito à pretensão que conduz o indivíduo de não ser alvo da observação de outras pessoas, de não ter seus assuntos, informações pessoais, e características próprias expostas de maneira que o exponha desnecessariamente ao conhecimento do público em geral, entretanto, como em toda e qualquer relação que envolve um direito fundamental, o direito a privacidade encontra limitações, que resultam do próprio fato de se viver em comunidade, além de outros valores de ordem constitucional.

4.5- Limites ao Direito da Privacidade.

O convívio em sociedade, e as inerentes relações entre as pessoas fazem com que o direito a privacidade não possua um valor radical, pois sendo descobertos interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, estas acabam por despertar o interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de "ser deixado só".

Dependendo das circunstâncias do caso concreto, a divulgação dos fatos relacionados a determinado indivíduo, poderá ser tido como admissível ou como abusiva. Do mesmo modo, deve ser observada a forma como ocorreu o desvendamento do fato que veio a público.

São fatos que possuem grandes diferenças quando os casos em que um aspecto da intimidade de alguém é livremente exposto pelo titular do direito, daqueles outros em que a notícia foi obtida e propalada contra a vontade do seu protagonista.

O fato da extensão e da intensidade da vida privada e a sua proteção dependem muito do modo de viver do indivíduo, nesse caso quando se trata de alguma celebridade, pois dependem muito da finalidade a ser alcançada com a exposição e da maneira como a notícia foi coletada.

05- O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A SUA PROIBIÇÃO NA DEFESA DO DIREITO A PRIVACIDADE.

Adentrando ao tema central desse trabalho que envolve bastante polêmica e discussão, as biografias não autorizadas trouxeram para dentro do âmbito jurídico, um difícil questionamento, que envolve muito mais que uma permissão na divulgação de imagem, de fatos, ou de uma trajetória de vida.

Trata-se de uma problemática que traz consigo uma complexa ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, pois, de um lado a tão consagrada liberdade de expressão, direito que violentamente foi suprimido do cidadão brasileiro na época do governo militar e que, graças a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a integrar o rol dos direitos fundamentais, vem colidir frontalmente com o direito fundamental da privacidade do indivíduo, invadindo a reclusão da vida deste, expondo fatos, que verídicos ou não, não necessitam ser divulgados sem a concordância daquele a quem se expõe.

Pois bem, a finalidade aqui defendida será a defesa da não publicação dessas obras sem o consentimento da figura envolvida, contudo, é necessário que se realize uma reflexão quanto a ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, aqui já mencionados, que neste caso referem-se a liberdade de expressão e a vida privada, no intuito de não descartar a importância que a liberdade possui como direito fundamental.

5.1- A polêmica das biografias não autorizadas.

O entorno das biografias não autorizadas passou a ter uma maior repercussão quando ganhou espaço na mídia, a briga judicial envolvendo o cantor Roberto Carlos e o jornalista e historiador Paulo César de Araújo, que ao publicar a obra intitulada “Roberto Carlos em Detalhes”, causou grande revolta ao cantor que sentiu-se invadido e ofendido com a riqueza de detalhes sobre a sua vida e intimidade, fazendo com que o mesmo pleiteasse na justiça pela proibição da venda dessa obra.

Outro caso relacionado a este tema diz respeito à obra intitulada “Uma Estrela Solitária”, na qual o autor Ruy Castro descreve a trajetória do falecido jogador de futebol Garrincha, tal publicação foi alvo de disputa judicial onde as filhas do jogador pleitearam pela proibição da venda e circulação da obra. Mesmo com a proibição, em 1995, a decisão foi revertida no ano seguinte com a concessão da publicação da obra, entretanto, no ano de 2006,

o Superior Tribunal de Justiça condenou a editora a pagar uma indenização as filhas do falecido jogador de futebol:

“(...) as indenizações, a título de dano moral, no valor correspondente a cem salários mínimos para cada uma, com incidência de juros de mora de seis por cento ao ano deste a data do lançamento do livro, e, a título de dano material, no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço do livro.¹⁴”

Já o cantor Roberto Carlos ao pleitear a proteção da sua privacidade na justiça conseguiu atingir seu objetivo, haja vista ter sido proibida a publicação e comercialização da obra, impedida de circular até os dias de hoje.

Nesses casos, dada à notoriedade dos envolvidos, muitas indagações foram realizadas em prol da defesa da publicação desse tipo de obra, mesmo sem o consentimento do biografado. Um detalhe discutido dentro dessa polêmica gira em torno da censura, ato que durante o governo ditatorial militar foi predominante na sociedade, com isso a condição de vetar essas publicações de biografias traria de forma amena a ameaça do fantasma da censura novamente para a nossa realidade.

Destarte, a promulgação da Constituição Federal de 1988 aboliu qualquer tipo de censura, inclusive a vedação do anonimato, garantindo aos indivíduos toda e qualquer forma de manifestação de pensamento, e conseqüentemente o direito de resposta àqueles que sofrerem qualquer tipo de lesão, conforme transcrito *in verbis*:

Art. 5. “ (...)

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)”

Continuamente assegurou a Carta Magna, dentro do mesmo dispositivo, que a liberdade de expressão, tanto na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e livre independente de licença ou censura,

Art.5.(...)

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

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial 521.697/RJ, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgamento ocorrido no dia 16 de fevereiro de 2006.

Assegurado o direito constitucional em exercer a liberdade de expressão sem o obstáculo da censura, ou de licença, passa o indivíduo a ter condições de no papel de cidadão, assegurar-se de qualquer tipo de informação ou exercício de propagação desta, sem, contudo atingir a violação do direito alheio, que no mesmo dispositivo que trata da garantia de liberdade elenca também a inviolabilidade da imagem, vida privada, honra e intimidade das pessoas.

Nesse sentido, é possível constatar a colisão aí existente, pois quando se busca o apelo da justiça no desembaraço de situações como essas, ao interpretar caberá a difícil missão de analisar não só os direitos envolvidos, como também a ponderação destes no caso concreto, ou seja, numa disputa entre a liberação da publicação de uma biografia que não teve concessão do biografado, prevalecera o direito de expressar livremente os pensamentos do autor da obra, ou a prevalência do resguardo a intimidade e privacidade da pessoa envolvida? Trata-se de uma questão complexa, onde na convicção e embasamento de uma decisão justa, é preciso ir muito mais além do que a codificação das leis assegura.

5.2-Projeto de Lei 393/11

De autoria do Deputado Federal, Newton Lima (PT/SP), o Projeto de Lei 393/11¹⁵, teve por inspiração, segundo justificativa do próprio Deputado, no Projeto de Lei n. 3.378/08, do então Deputado Federal Antônio Palloci Filho, onde nesse justifica o autor que busca,

“garantia da divulgação de imagens e informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública, cuja trajetória pessoal tenha dimensão pública ou cuja vida esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”.

A proposta segue ainda com o objetivo de alterar os artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, no intuito de ampliar a liberdade de expressão e informação ao acesso a cultura, quando se tratar da hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade.

¹⁵ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=76B7326CC2AC4B7646165E36E79B8D95.proposicoesWeb2?codteor=840265&filename=PL+393/2011

Atualmente esse projeto, apesar de ter conseguido aprovação pelos Deputados, encontra-se segundo a página do site da própria Câmara, aguardando retorno do Senado Federal, conforme ultima atualização, do dia 06 de maio de 2014.

O intuito desde projeto, ao tempo em que protege os direitos dos indivíduos de obterem informações e publica-las a respeito de personalidades consideradas de notoriedade pública, permite que estas estejam desprotegidas no que tange a sua intimidade e privacidade, mesmo possuindo importância pública estes também usufruem da garantia constitucional de permanecerem protegidos na inviolabilidade de suas vidas, retirar este direito, é confrontar totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora essas personalidades despertem a curiosidade do público, assim como deslançam pesquisadores a dedicarem-se na pesquisa de fatos e situações sobre suas vidas, estas não merecem de certa forma, ter seus hábitos, manias, ou qualquer outra forma que compõem sua personalidade, divulgados sem o seu relevante consentimento.

A importância do papel que estes desempenham, dentro de sua função social pode até suscitar o interesse do indivíduo que não possui a mesma “fama”, e nesse caso por exercerem atividade que o exponha, esta sim, estaria condicionada ao interesse público, o trabalho exercido por aquela personalidade, não a pessoa que está inserida nele, e assim poderia esse detalhe ser utilizado na publicação dos trabalhos dos escritores que buscam exercer seu direito de expressão na publicação de biografias de pessoas de elevada notoriedade no meio social, político ou porque não dizer, jurídico.

5.3- ADI n. 4.815

Além do projeto de lei elaborado pelo Deputado Federal Newton Lima, em defesa da livre publicação das biografias não autorizadas, a Associação Nacional dos Editores de Livro-ANEL, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Liminar no Supremo Tribunal Federal, pleiteando pela alteração dos artigos 20 e 21 do Código Civil, argumentando a sua inconstitucionalidade em face do disposto nos incisos IV, IX, e XIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Na argumentação dos fatos apresentados, a ADI, trouxe como em seu pleito a apresentação dos dispositivos legais impugnados e dispositivos constitucionais violados, senão vejamos:

“A presente ação direta tem por objeto a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), cuja abertura textual tem dado ensejo à proibição de biografias não autorizadas pelas pessoas cuja trajetória é retratada nas obras. Com efeito, por força da interpretação que vem sendo dada aos referidos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).”

Em relação ao mérito a presente ação pretende alcançar a declaração da inconstitucionalidade parcial do texto, sem a redução dos artigos 20 e 21 do Código Civil,

“(…)15. A presente ação direta não investe contra as disposições textuais dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Como já antecipado, a requerente deflagra a jurisdição constitucional com o objetivo de, por via de interpretação conforme a Constituição da República, afastar do ordenamento jurídico determinada interpretação dos dispositivos legais que tem sido invocada para impedir a publicação e a veiculação de obras biográficas não autorizadas pelos biografados ou por pessoas envolvidas, de qualquer forma, nos acontecimentos narrados.”

Percebe-se então, que tanto o projeto de lei n. 393/11 mencionado em tópico anterior como a ADI 4.815, buscam um objetivo comum, que em outras palavras, seria a concessão por parte tanto do legislativo como do poder judiciário, na livre publicação de obras referentes a trajetória de pessoa públicas, sem necessitar de autorização do biografado, ou de familiares no caso da obra retratar a vida de alguma personalidade já falecida, observa-se que a liberdade de expressão, nesses casos, vem carregada de superioridade em face dos direitos aos quais busca-se suprimir.

Atualmente esta Ação encontra-se aguardando julgamento tanto do pedido de liminar, quanto do mérito, no Supremo Tribunal Federal.

5.4- Proteção aos direitos da inviolabilidade da privacidade dos biografados.

Por fim, neste ultimo tópico, a ressalva feita fará entorno a proteção dos direitos do indivíduo biografado, no qual o Estado deve garantir a sua não exposição, feita por meio das biografias não autorizadas.

Mesmo não sendo direito absoluto, tanto a privacidade, quanto a liberdade, possuem ligação estreita, já que a realização plena de um desses direitos depende da supressão do outro, ou seja, o exercício pleno do escritor no alcance do seu objetivo, que

nesse caso refere-se a publicação de um biografia sobre determinado indivíduo famoso, depende da não utilização do direito em manter inviolável a privacidade de quem estiver sendo utilizado como alvo da obra. Em outras palavras, seria a prevalência da expressão sobre a indiferença na privação.

A defesa em torno da proteção do direito a manutenção da privacidade do indivíduo em face da liberdade de expressão, se faz, visto a necessidade do direito de escolha de querer ou não ser exposto, invadir ou ignorar a opinião de não querer fazer parte de qualquer tipo de exposição, é ferir frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, e esse não deve ser o papel adotado para a condição de um futuro de harmonia dos direitos no meio social.

Ponderar os detalhes sim, haja vista ser inevitável às colisões entre os direitos fundamentais, o melhor caminho a ser seguido, ainda deve pautar-se na condição de proporcionalidade, até qual limite um direito pode chegar de forma que não agrida o território de outro. Liberdade de expressão como direito garantido constitucionalmente e a inviolabilidade da vida privada, a colidência desses dois importantes direitos em torno de uma Questão, que nas mãos dos responsáveis em decidir o caso, aguardam por uma solução levando mais uma vez a importância da garantia concreta dos direitos fundamentais.

6-CONCLUSÃO

A problemática do tema proposto, por se tratar de matéria estritamente de direito constitucional, envolve uma dificuldade muito maior na busca por uma resolução satisfativa do caso.

Os direitos fundamentais envolvidos apresentam uma difícil missão: definir qual a prevalência que possuem diante do caso concreto, onde a aplicação de um fara com que o outro direito torne-se inutilizado em face do sopesamento do outro.

Entretanto, a realidade da temática, leva ao conhecimento fatores que definem que os direitos fundamentais, apesar de constitucionalmente elencados, não possuem caráter absoluto, tanto que em face de uma situação de colidência, a ponderação dos direitos, técnica utilizada, ira considerar o direito que melhor devera ser aplicado.

Visualizando a realidade do caso biografias não autorizadas, e a polêmica em torno destas, percebe-se que o centro do conflito, reverencia a condição dos personagens envolvidos, pois de um lado, encontram-se, profissionais da informação travando intensas batalhas judiciais contra personalidades que aguçam a curiosidade do público em conhecer detalhes de sua vida pessoal, e que lutam para que a privacidade de suas vidas permaneça inviolada.

Os argumentos proferidos em defesa da publicação destas obras sem a prévia autorização dos biografados, baseados na liberdade de expressão garantidas pela nossa Carta Magna, destinam-se tão somente e de maneira desumana, a reduzir os direitos pertencentes às pessoas que possuem um destaque público.

São profissionais que realizam um trabalho como qualquer outro, diferenciando-se apenas no sentido de que possuem o reconhecimento do povo, são pessoas de vida pública que desenvolvem trabalhos artísticos, políticos, jornalísticos, enfim, a função social do trabalho exercido por estes indivíduos, não os torna desprotegidos pela tutela do Estado em garantir sua privacidade e o resguardo de sua intimidade, pois são indivíduos acima de tudo.

A exposição de fatos relacionados apenas ao interesse do individuo, mesmo sendo este personalidade publica, só dizem respeito unicamente a ele mesmo, não tendo nenhuma necessidade, a não ser em casos extremos, de vir ao conhecimento expresso da sociedade.

Entretanto, a preocupação em priorizar a exercício da liberdade de expressão vem sendo bem mais defendida do que a manutenção da privacidade e intimidade, tanto que com a elaboração do projeto n. 393/11 do Deputado Federal Newton Lima e a impetração da ADI 4.815 que tem por autor a Associação Nacional das Editoras de Livros-ANEL, a briga tanto

no cenário legislativo como no judiciário, ganhou mais intensidade, visto que o projeto já obteve aprovação da Câmara dos Deputados, e a ADI encontra-se aguardando o julgamento final pelo STF.

Caso reste aprovado o Projeto de Lei, e julgada procedente o pedido contido na ADI, a legislação sofrerá mudanças impactantes com relação ao direito de informação e ao direito de privacidade, não resta dúvidas de que vivemos em uma sociedade que a cada dia distancia-se do universo da censura que por tanto tempo permaneceu em nosso meio, contudo a recente democratização com a Constituição de 1988, não preparou de maneira condizente uma distribuição isonômica de direitos, tanto que no momento em que há colisão entre os direitos fundamentais, sempre um direito prevalece sobre o outro, e portanto, para o intérprete fica a incumbência de decidir e aplicar conforme a necessidade exigida ao caso concreto.

Não se trata de uma decisão simples, porém não chega a ser de tamanha dificuldade decidir entre a informação e a intimidade, a ideia de um Estado Democrático e justo consiste exatamente na ideia do equilíbrio social, se o existe um conflito o equilíbrio encontra-se ameaçado e o Estado obrigado a resolver tal conflito, para que o equilíbrio volte a ser como antes.

A informação não deixa de ter sua importância, a liberdade em poder expressar nas mais diversas formas as opiniões, as ideias, e até mesmo uma opinião, encaixam-se na composição necessária na convivência em sociedade, é preciso informar, é necessário estar informado, saber diferenciar o conteúdo que interessa ao conhecimento público e a veracidade do mesmo é a chave para a harmonia do sistema, interferir no inviolável ou intrometer-se dedicando tempo e trabalho em busca de informações acerca de uma pessoa que desperte o interesse do público, escrevendo sobre sua trajetória pessoal, sem a concessão desta, contraria o respeito devido a vida daquele indivíduo, confronta com a integridade e imagem deste, e fere profundamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a privacidade e intimidade como direitos fundamentais prevalecem em face da liberdade de expressão, não excluindo, mas apenas minimizando os extremos que estes direitos assumem ao tentar suprimir a importância da permissão de alguém em consentir ou não, ser alvo de uma obra biografada.

Incl. de desenvolvimento
→ Proconstitucionalismo
Titulo
Erros
14:28
15:03

7-BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón de Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco J. Notas sobre la evolucion de la teoria liberal de la libertad de expression.. **Anuario de Derechos Humanos**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1990.n.6.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999): 151-179.

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

Biografias não Autorizadas. Disponível em : <http://jus.com.br/artigos/25840/biografias-nao-autorizadas> (DATA DO ACESSO?)

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Consittucional e teoria da Constituicao**. 6.ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARAN, Juan Carlos Gavera de. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: La Garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales**. Ed. Almedina, 1994.

Codigo Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 07 de dez de 2014

COMPARATO, Fábio Konder. "As garantias institucionais dos direitos humanos", *Boletim dos Procuradores da República* 40 (2001).

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010.

Constituicao da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em 07 de dez. de 2014

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA. 1776. Disponível em: http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm Acesso em 06 de dez de 2014

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br> Acesso em 06 de dez. de 2014

DIAS, Roberto. **Liberdade de expressão: biografias não autorizadas**. Revista41 10041.2012.

DIMOULIS, Dimilis, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Método, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Obra completa comentada por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Projeto de Lei n.393/11, Disponível em :
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955> Acesso em 07 de dez de 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Alvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Jurua, 2009.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v.798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.23 - 50.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: A efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação (Mestrado em Educação). Disponível em <<http://repositorio.bce.unb.br>>