

10/06/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, gostaria de iniciar cumprimentando a ministra Cármen Lúcia por seu brilhante voto. Também, vou fazer juntada de voto e não vou me alongar, só gostaria de rememorar dois aspectos que me parecem importantes.

De um lado, em relação a todos os dispositivos que já foram multicitados, é bom lembrar que as disposições que estão em questionamento, na verdade, tentam, de alguma forma, densificar aquilo que está no texto constitucional, especialmente o que está no artigo 5º, inciso X, quando fala que:

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

Então, esse é um ponto importante, a meu ver, porque o texto é muito claro quando diz que se cuida de valores, de direitos invioláveis. Portanto, a forma de reparação que indica é uma das possíveis, dependendo da gravidade do tema. E, por isso, temos, na jurisprudência internacional, debates muito sérios a propósito dessa temática, por exemplo, o caso Mefisto - que está citado no voto da Relatora -, em que não se cuida, obviamente, de uma biografia no sentido técnico do termo, mas de um romance histórico, no qual se apodam, indicam-se imprecisões ou informações equivocadas, onde é bastante fácil fazer aquela ilação, ministro Fux, entre o nome fictício e personagens históricos - vira inclusive aquele jogo saboroso na sociedade de identificar quem são os personagens do suposto ou do possível romance histórico. Esse é um tema importante.

ADI 4815 / DF

E, também, no campo da liberdade de expressão, na linha do que lembrou o ministro Toffoli, é importante recordar o caso, por exemplo, do assassinato de soldados em Lebach, o famoso caso Lebach, na Alemanha, no qual se discutia se era possível revisitar um fato histórico ocorrido - esse assassinato num quartel na Alemanha - para revelar dados sobre a participação de pessoas, dentre eles, um indivíduo que estava para gozar de liberdade condicional, e isso dizia respeito à possibilidade de sua reintegração social.

Em suma, esses temas são relevantes e precisam de ser devidamente ponderados.

O próprio texto - já chamei a atenção em outros escritos - constante do art. 220 da Constituição contém uma redação que, às vezes, é indutora de equívoco, na linha da Primeira Emenda americana. Ao dizer, no texto constitucional, no parágrafo primeiro, que: "*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º*" - e aí vem a referência aos vários incisos, inclusive o inciso X, que trata da defesa da privacidade.

O texto não está vedando que o legislador se ocupe da matéria, como muitos fazem uma leitura um tanto quanto, a meu ver, terrestre, pedestre, rasteira do tema. Não me parece que seja assim. O que está dizendo é que não pode haver lei que embarace a informação. E aí vêm as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais. Aqui, há um dever do legislador de atuar para proteger esses valores. Por isso é que gostaria só de fazer essas notas, Presidente, tendo em vista posições já assumidas no Plenário, chamando atenção a esse aspecto - e essa interpretação que estou fazendo do art. 220, § 1º, encontra respaldo, inclusive, em leitores da Constituição americana em relação à Primeira Emenda -, para que se assente que a proteção que se possa obter poderá ser outra que não, eventualmente, a indenização. Haverá casos em que certamente poderá

ADI 4815 / DF

haver a justificativa até mesmo de uma decisão judicial que suste uma publicação, desde que haja justificativa, mas não nos cabe tomar essa decisão *a priori*. A meu ver, fazer com que, como já foi dito aqui, a publicação das obras de biografia dependa da autorização traz sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica, à liberdade artística. Evidente. E, por isso, de fato, devemos encaminhar no sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Agora, já faria ressalvas em relação ao segundo ponto trazido na conclusão do voto da eminente ministra Cármen Lúcia, pelo menos no que diz respeito à possibilidade de que a transgressão haverá de se reparar mediante indenização. Pode ser que não seja assim, pode ser que tenha de haver reparos, por exemplo: a publicação de uma nova edição com correção.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O direito de resposta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim. São todas as situações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -

Ministro, se Vossa Excelência me permite, o que eu quis dizer é que, ao fixarmos essa inconstitucionalidade com redução de texto, nós não estávamos afastando em nada o artigo, tanto que, basicamente, eu repito "apenas reafirmar...", por isso eu comecei a alínea "b" nesse sentido, "reafirmar o que diz a Constituição, sem embargo de...", porque é como está na Constituição. Quer dizer, então, não é exclusividade nem nada, apenas estou reafirmando para não se dizer, como disse o Ministro Dias Toffoli muito bem: alguém poderia pensar que estamos declarando a

ADI 4815 / DF

inconstitucionalidade e, com isso...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, só exatamente corroborando a posição de Vossa Excelência, a proposta minimalista é exatamente nós fixarmos esse julgado em relação à exigência ou não de licença prévia para publicação de biografia, por quê? Porque nós não estamos aqui, e nem podemos, como foi aqui destacado, afirmar que estamos interditando o acesso ao Judiciário, até porque o Código Civil, quando inaugurou o capítulo...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É isso, é isso. É exatamente isso, por isso eu circunscrevi...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O acesso ao Judiciário dar-se-á apenas para fins de indenização...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É inimaginável que nós possamos fixar uma tese dizendo que a parte não pode acessar o Judiciário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que poderia é ser expletivo esse inciso *b*. Eu só não quero é que alguém imagine que, como nós estamos declarando sem redução do texto a interpretação dos dispositivos do Código Civil, o inciso X do art. 5 da Constituição de alguma forma ficou comprometido por nós. Não, nós estamos repetindo que está mantida a norma constitucional de responsabilidade em sua inteireza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, só um minutinho. A minha proposta de tese minimalista, que eu acho que até agora é consenso, é: não é compatível com a Constituição

ADI 4815 / DF

interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil que importe na necessidade de autorização prévia de pessoa retratada em obra biográfica para fins de sua divulgação por qualquer meio de comunicação. Eu acho que esse ponto nos une a todos. Acho que esse é um ponto consensual.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu concordava já com o primeiro ponto da eminente ministra Cármen Lúcia. Só estou fazendo a ressalva em relação ao item...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É que parece que a única maneira de reparar seria a precificação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É muito simples. Sabe o que pode ser feito?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, para tudo tem um preço, e podemos, então, fazer o que bem entendermos, basta ter o dinheiro para pagar esse preço?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Era muito mais simples retirar o inciso *b*. E ficar o inciso *a* da minha conclusão, quer dizer, que nem é inciso *a*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É. Porque, aí, acho que coincide com a posição do Ministro...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

ADI 4815 / DF

(PRESIDENTE) - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um aparte? E também a Ministra Cármen Lúcia?

Eu também, ao ler a conclusão do seu brilhante voto, num primeiro momento, fui induzido a pensar que Vossa Excelência estaria concluindo que a transgressão aos valores abrigados no art. 5º, X, da Constituição, só seriam ressarcíveis ou sanáveis mediante indenização, mas depois que eu vi o Doutor Antônio Carlos dizer da Tribuna que, em tese, seria possível até a apreensão ou a sustação da divulgação da obra...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Com a qual eu não concordo...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - imaginei que Vossa Excelência certamente não excluiria essa possibilidade, até em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O minimalismo é importante por isso, porque... Nós não estamos decidindo isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Para evitar qualquer polêmica, eu prefiro concluir o meu voto retirando a alínea *b*.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu fico mais confortável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O que elimina, até porque, aqui nós estamos julgando para declarar ou não declarar, aqui não é repercussão geral nem nada. Então, nesse caso, eu prefiro reajustar para retirar a alínea *b*.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Fica só o item *a*.

ADI 4815 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, até para prestar um esclarecimento de ordem doutrinária mesmo, esse campo dos direitos da personalidade ficou muito tempo relegado ao um segundo plano, em que a lesão dele apenas era reparável através da indenização. O novo Código Civil, quando inaugurou o capítulo dos direitos da personalidade, trouxe no art. 21 aquilo que já havia na Europa, que é a tutela inibitória. Então, eu acho que nós deveríamos nos adstringir ao tema licença para biografia, para não abrir o leque do que nós estamos julgando, porque nós estamos julgando só isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu só gostaria de consignar a minha posição, Ministra Cármen. Eu concordo com a alínea *b* do voto de Vossa Excelência, quando diz "reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra, imagem da pessoa, nos termos do art. 5º, cuja transgressão haverá de se reparar", e aí a única modificação que eu faria seria: **a posteriori**.

Eu gostaria de deixar claro, Presidente, se eventualmente não tiver ficado, que eu não acho que via judicial, ou qualquer outra via, seja legítima a interferência do Judiciário previamente à publicação. Acho que, em nenhuma hipótese, o Judiciário deve impedir a publicação de uma obra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós já tivemos aqui o célebre caso da fita Globo-Garotinho, em que o Tribunal, num contexto eleitoral, entendeu, por exemplo...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Que se sai publicada na véspera da eleição...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não é biografia.

ADI 4815 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tendo em vista uma ponderação específica...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas aí não é biografia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só para dar um exemplo da jurisprudência do Tribunal e não buscar jurisprudência...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Isso não é biografia. Nós estamos falando de biografias.

Eu prefiro retirar, Presidente, porque, na alínea *b*, eu repeti o que estava na Constituição para garantir que o inciso X continua hígido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Fica melhor assim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Então, é o óbvio ululante; agora, como no Brasil até o óbvio ululante gera polêmica, eu retiro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está bem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É melhor assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que a norma diz e é tema que já visitei, também, é que é inviolável. E o que é inviolável, segundo o conselheiro Acácio, não deve ser violado.

ADI 4815 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas a Constituição...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, se há uma regra que de fato assume centralidade no texto constitucional, Presidente, é a regra do art. 5º, XXXV. É aquela que estabelece a proteção judicial efetiva:

"Art. 5º.

(...)

XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Mas, com o ajuste, Ministra, estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, e, aí, inclusive, Ministro, eu acho que está embutido o poder cautelar do magistrado, dentro do seu prudente arbítrio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro. Sim, terá de ser examinado no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Cada caso examinará.

- Ministro Gilmar, Vossa Excelência, antes de finalizar, me permite - eu não uso da palavra nunca numa segunda vez, mesmo com um voto tão longo, eu falei doze minutos cravados -, mas só para esclarecer.

ADI 4815 / DF

Em primeiro lugar, eu comecei, antes de falar o meu voto, exatamente dizendo que, por dever de justiça e para ficar em paz com a minha consciência, eu me punha contra até coisas que li, vi e ouvi sobre pessoas que foram ao Judiciário, porque isto é um direito e que o jurisdicionado é (inaudível). Portanto, estamos todos de acordo quanto a isso.

Agora eu sempre acho que repetiu-se a Constituição: pediu-se a declaração de constitucionalidade, eu voto no sentido da declaração de constitucionalidade. O que eu queria era acertar, deixar enfatizada a norma do inciso X do art. 5º da Constituição. Incluí-la no texto pode gerar polêmica? Retire-se, ponto e acabou; simples assim.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE) - Está bem.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acompanho Vossa
Excelência.**

10/06/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil. A proponente indica que esses dispositivos, ao exigir autorização prévia dos biografados para a publicação de biografias, estariam a limitar, indevidamente, a liberdade de expressão e o direito à informação.

Aponta, na inicial, que não pretende tratar da questão do uso da imagem de pessoas públicas por veículos de comunicação, mas *“tão somente da necessidade da autorização do biografado (ou de seus familiares) como condição para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais”*, o que criaria uma espécie de censura prévia. Argumenta que tal condição *“produz efeito devastador sobre o mercado editorial”*, já que *“escritórios de representação negociam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria”*. A proibição seria, ainda, um *“desestímulo a historiadores e autores em geral”*.

Audiência pública sobre o tema foi realizada, para a qual foram admitidos sete *amici curiae*, que expuseram diversos pontos de vista sobre o assunto.

Em detida análise do caso, verifico que o principal tema em questão é a ponderação entre a liberdade de expressão, um dos pilares essenciais do Estado Democrático, e os direitos de personalidade.

Se, por um lado, existe consenso em torno do significado da liberdade de expressão como um direito fundamental universalmente garantido e fundamental ao regime democrático, no plano prático, todavia, nunca houve exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da ideia de tal liberdade e da sua efetiva realização e proteção. Mesmo em nações de democracia avançada, trata-se de valor em permanente afirmação e concretização.

ADI 4815 / DF

Em países com histórico de instabilidade política e nas denominadas novas democracias, a paulatina construção dos fundamentos institucionais propícios ao desenvolvimento da liberdade de comunicação ainda representa um desafio e um objetivo a ser alcançado.

No Brasil, como não poderia deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por um ambiente em que a liberdade de expressão fosse garantida, em todas suas vertentes.

Ressalto, desde já, que a garantia da liberdade de expressão abrange *“toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”*, desde que não esteja em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido (BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264).

Nesse contexto, os Tribunais cumprem papel decisivo na interpretação, ponderação e aplicação de tal direito. No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita, decisões das Cortes alemã e americana produziram duas vertentes ou duas concepções especiais sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de expressão.

Nos Estados Unidos, apenas na segunda década do século XX foi instaurada uma verdadeira e profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de expressão protegida pela 1ª Emenda (*First Amendment*), quando a Corte Suprema foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis restritivas editadas pelo Congresso. São conhecidos os históricos pronunciamentos de Oliver W. Holmes nos casos *Schenck v. United States* (249 US 47, 1919) e *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919).

Se, no primeiro caso (*Schenck v. United States*), o Justice Holmes criou a doutrina do “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) para justificar a constitucionalidade da lei restritiva (Lei de Espionagem de 1917, editada durante a 1ª Guerra Mundial); no segundo caso (*Abrams v.*

ADI 4815 / DF

United States) Holmes, divergiu de seus pares com o famoso pronunciamento em torno do “mercado de ideias”:

“when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.”

Os fundamentos do voto divergente de Holmes configuram o que Cass Sustein denomina de “o primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda”. Defendia Holmes, em verdade, a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.).

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de comunicação na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta.

Essas concepções da liberdade encontram na obra de John Stuart Mill – “On liberty” – uma de suas melhores exposições. Como bem observou Isaiah Berlin, outro grande pensador das liberdades, a obra de Stuart Mill “ainda é a mais clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do

ADI 4815 / DF

ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta e tolerante” (BERLIN, Isaiah. Introdução à obra: MILL, John Stuart. A liberdade; utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes; 2000, p. XLVII).

Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada é mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Em suas memoráveis palavras: “*Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade*”. E continua para afirmar, categoricamente, que “*o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana*” (MILL, John Stuart. A liberdade; utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes; 2000, p. 29)

A Suprema Corte norte-americana ainda manteve, por um tempo, seu posicionamento a favor das leis e medidas administrativas restritivas da liberdade de expressão em casos posteriores (*Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925), *Whitney v. California* (1927)), porém com os votos dissidentes de Holmes, que representam um marco na história da concepção liberal da proteção das liberdades de expressão nos Estados Unidos (Cfr.: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado; 2006).

Por outro lado, o famoso caso *New York Co. v. Sullivan* (376 US 254, 1964) constitui ponto culminante da formação de uma concepção que se iniciou em James Madison, foi acolhida por Louis D. Brandeis, em voto no caso *Whitney v. California*, e encontrou uma de suas melhores expressões no importante trabalho de Alexander Meiklejohn, que associou o princípio do *free speech* com o ideal de democracia deliberativa (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176).

Decidiu a Suprema Corte, no caso *Sullivan*, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão, não se poderia exigir dos

ADI 4815 / DF

comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação.

Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda (Para comentários e críticas à decisão em *New York Co. vs. Sullivan*, vide: CODERCH, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993, p. 64 e ss.).

Se, nos Estados Unidos, é possível identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de expressão, na Alemanha a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades protegidas pelo art. 5º da *Grundgesetz* de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional.

No famoso *caso Lüth* (*BVerfGE* 7, 198, 1958) que é, antes de tudo, um marco na definição do significado da liberdade de expressão na democracia, o TFC alemão reconhece a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais.

Em primeira linha, o Tribunal considera o seguinte:

“Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos

ADI 4815 / DF

fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.”

Em seguida, não obstante, conclui o Tribunal:

“Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos”.

A concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: *JURA*, p. 617 (619), 1988).

Na sua dimensão institucional, como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros concebidos como garantias individuais — formam a base do

ADI 4815 / DF

ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre.

Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática (HESSE, Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, Ernst; Maihofer, Werner e Vogel, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin, 1995, v. I, p. 127 (134)).

Entre nós, não se pode afirmar que o constituinte de 1988 tenha concebido a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. **Já a fórmula constante do art. 220 da Constituição explicita que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.**

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Há, portanto, inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*).

É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o

ADI 4815 / DF

assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem.

A propósito da problemática, mencionem-se julgados importantes da Corte Constitucional alemã.

Na decisão de 24.02.1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade enquanto derivações do princípio da dignidade humana.

O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance *Mephisto* ao argumento de que se cuidava de biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen.

O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que “todas as pessoas deste livro são personagens, não retratos de personalidade” (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K.M.).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as personagens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela “fantasia poética do autor” (*dichterische Phantashie des Verfassers*).

Posteriormente, o Tribunal concedeu o pedido de proibição da publicação, por entender haver direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, bem como direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra. *O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade serem decididos, na espécie, em favor do*

ADI 4815 / DF

autor.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, se atribui a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica.

Por fim, ao apreciar a questão, o Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5.º, III, da Lei Fundamental.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

“N. 16

1. Art. 5, III, 1.º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual.

2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.

3. O direito de liberdade artística protege também o editor.

4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5.º, II, nem aquela contida no art. 2.º, I, 2.º período.

5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1.º, I”. (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173).

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal

ADI 4815 / DF

expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social.

O não estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significava que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Enquanto elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1.º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1.º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, bem como esta seria influenciada, diretamente, pela concepção axiológica contida no art. 1.º, I.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório).

Já no chamado *caso Lebach*, de 5.6.1973, discutiu-se problemática concernente à liberdade de imprensa face aos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio — conhecido como o *assassinato de soldados de Lebach* — *Der Soldatenmord von Lebach* — contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen* — ZDF), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma

ADI 4815 / DF

personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração.

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressociação, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público.

A Corte Constitucional após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressociação do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores.

Considerou, inicialmente, que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*), estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da

ADI 4815 / DF

proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.”

Vê-se, pois, que, no processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Assim, repito, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5º, incisos V (“*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”) e X (“*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”).

Nesse contexto, entendo que a prévia autorização para publicação de obras de biografia gera sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica, à liberdade artística e que, por outro lado, na

ADI 4815 / DF

ocorrência de eventuais transgressões, a Constituição Federal assegura mecanismos para possíveis reparações, inclusive direito de resposta.

Por tais razões, acompanho o voto da Ministra Relatora para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, e afastar interpretação que exija prévia autorização para publicação de obras de biografia.