

ADI 4.815 - BIOGRAFIAS

1. Gostaria, em primeiro lugar, de cumprimentar a Ministra Carmen Lúcia pelo voto notável que apresentou.

I. INTRODUÇÃO

1. As sociedades contemporâneas são abertas, complexas e plurais. Como consequência, as Constituições modernas abrigam valores e interesses diversos, por vezes contrapostos, que muitas vezes entram em tensão, quando não em rota de colisão.

2. O desenvolvimento nacional, por vezes, entra em tensão com a proteção ambiental. A livre iniciativa entra em tensão com a proteção do consumidor. A liberdade individual com a segurança pública.

3. No caso específico aqui em discussão, a liberdade de expressão e o direito de informação entram em tensão com os chamados direitos da personalidade, a privacidade, a imagem e a honra.

II. A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO

1. Quando isso ocorre – isto é, quando há uma colisão entre direitos fundamentais –, a técnica jurídica mais utilizada para construir-se argumentativamente uma solução é a ponderação.

2. É importante registrar que pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma constitucional. Logo, uma não está acima da outra.

3. A ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três etapas:

- a) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso;
- b) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes;

c) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer *concessões recíprocas*, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas.

4. A ponderação pode ser feita pelo legislador, na elaboração da lei, ou pelo juiz ou tribunal, ao decidir um caso concreto.

III. A PONDERAÇÃO FEITA PELOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL

1. Os dispositivos do Código Civil impugnados na presente ação cuidam de fazer uma ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Ao fazê-lo, produziu as seguintes proposições:

a) art. 20: o uso da imagem de qualquer pessoa (inclusive em obras biográficas) depende de autorização prévia da pessoa retratada ou de seus familiares;

b) art. 21: o interessado pode obter judicialmente a proibição da divulgação.

2. Ao proteger os direitos da personalidade, o Código Civil claramente pretere o direito à liberdade de expressão. Em relação à questão das biografias, aqui discutida, esse direito à liberdade de expressão, em sentido amplo, se manifesta de duas formas:

a) na liberdade da atividade de criação intelectual e artística por parte do autor da obra, liberdade que a Constituição assegura que seja independente de censura ou licença (CF, art. 5º, IX); e

b) no direito de informação, titularizado por toda a sociedade, relativamente às informações de interesse público e à preservação da memória e da história do país (CF, art. 5º, XIV).

3. A consequência de tais disposições do Código Civil é a subordinação da liberdade de expressão aos direitos da personalidade. Vale dizer: os arts. 20 e 21 produziram uma hierarquização fixa entre direitos constitucionais. Isto viola o princípio

da unidade e produz um resultado inconstitucional, que é o de um direito invariavelmente prevalecer sobre o outro.

4. Pior que tudo, a solução do Código Civil coloca em posição inferior justamente a liberdade de expressão, que nas democracias deve ser tratada como uma liberdade preferencial.

⇒ Pela lógica do Código Civil, teriam sido legítimas e acertadas as decisões que, ao menos em momento inicial, proibiram a divulgação das biografias de Garrincha, Guimarães Rosa e Vinícius de Moraes.

IV. POR QUE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DEVE SER TRATADA COMO UMA LIBERDADE PREFERENCIAL

1. Afirmar que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais. Mas significa que a sua superação transfere o ônus argumentativo para o outro lado. Por qual razão a liberdade de expressão deve desfrutar dessa posição de preferência *prima facie*?

1. **1ª razão:** o passado condena. A história da liberdade de expressão no Brasil é uma história acidentada. A censura vem de longe: ao divulgar a Carta de Pero Vaz de Caminha, certidão de nascimento do país, o Padre Manuel Aires do Casal cortou vários trechos que considerou “indecorosos”. (Fonte: Eduardo Bueno, *Brasil: uma história*, 2003, p. 33).

Para citar apenas os exemplos da última ditadura:

a) na **imprensa escrita**: a) os jornais eram submetidos a censura prévia e, diante dos cortes dos censores, viam-se na contingência de deixar espaços em branco ou de publicar poesias e receitas de bolo; b) apreendiam-se jornais e revistas por motivos políticos (Opinião, Pasquim) ou de moralidade (Ele&Ela); c) boicotava-se a publicidade dos jornais independentes, para asfixiá-los economicamente (situação que rotineiramente se repete na América Latina);

b) no **cinema**, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas que perseguiram seios e órgãos genitais, transformando drama em comédia (A Laranja Mecânica);

c) nas **artes**, o Balé Bolshoi foi impedido de encenar no Brasil, por constituir propaganda comunista;

d) na **música**: a) as letras das canções tinham de ser previamente submetidas a um Departamento de Censura; b) havia artistas malditos, que não podiam gravar nem aparecer na TV; e c) outros que só conseguiam aprovar suas músicas no Departamento de Censura mediante pseudônimo. Vivia-se um país nas entrelinhas, nas sutilezas (a música “Apesar de você”, do Chico Buarque, foi liberada até que alguém se deu conta de que talvez houvesse algum protesto embutido ali);

e) na **televisão**, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente tiveram sua exibição vetada, em alguns casos com muitos capítulos gravados, como ocorreu com a novela *Roque Santeiro*.

⇒ O ápice do obscurantismo foi a proibição de divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do Brasil Grande.

⇒ Nessa matéria, “só quem não soube a sombra não reconhece a luz”, para utilizar um verso de Taiguara, outro censurado.

2ª razão: a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem autonomia pública.

3ª razão: a liberdade de expressão é indispensável para o conhecimento da história, para o progresso social e para o aprendizado das novas gerações.

V. QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1. Primazia *prima facie* da liberdade de expressão no processo de ponderação. Seu afastamento há de ser a exceção e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto.

2. Forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas da liberdade de expressão, sejam legais, administrativas e mesmo judiciais. Restrições privadas, também e sobretudo, devem ser vistas com suspeição.

3. A regra geral é a proibição da censura (CF, art. 5º, IX e o art. 220, § 2º. Como consequência, no caso de abuso da liberdade de expressão, deve-se dar preferência à responsabilização *a posteriori*, que podem incluir a retratação, a retificação, o direito de resposta, a indenização, a responsabilização penal ou outras vias legalmente previstas.

VI. SERIA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO UM DIREITO ABSOLUTO?

1. A resposta é negativa. Como é lugar comum afirmar-se, nenhum direito é absoluto. A vida civilizada depende da conciliação de muitos valores diversos.

2. Se a informação sobre determinado fato tiver sido obtida mediante extorsão, invasão de domicílio ou interceptação telefônica clandestina, por exemplo, a ilegalidade na sua obtenção pode comprometer a possibilidade de ela vir a ser divulgada legitimamente;

3. A mentira dolosa e deliberada, com o intuito de fazer mal a alguém, pode ser fundamento para considerar-se ilegítima a divulgação de um fato. Por exemplo, às vésperas de uma eleição se imputa falsamente a alguém a condição de pedófilo. Mas, de novo, a interferência do Judiciário há de ser *a posteriori*, com autocontenção máxima. Só casos excepcionais e raríssimos devem justificar a intervenção. Mas ninguém pode impedir que quem se considere lesado vá ao Judiciário, como assegura a Constituição (art. 5º, XXXV). Repito, porém: a regra absolutamente geral é a do controle posterior. Em casos excepcionalíssimos, extremos, teratológicos e justificados por um exame de proporcionalidade que considere a posição preferencial

VII. O QUE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO É E O QUE ELA DEVE SER

1. A liberdade de expressão não é garantia de verdade ou de justiça. Ela é uma garantia da democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar ter de conviver com a injustiça e até mesmo com a inverdade. Isso é especialmente válido para as pessoas públicas, como agentes públicos ou artistas.

a) Quando eu votei, de acordo com a minha convicção, pela prescrição do crime de quadrilha ou bando na Ação Penal 470, eu tive de amargar notícias diversas, inclusive que:

(i) eu assumira o compromisso de votar assim para obter a nomeação (a Presidente, nas duas vezes em que estive com ela, sequer mencionou este assunto, nem ninguém em nome dela. E para ser sincero, nem sei o que ela considerava melhor); (ii) eu votei como votei porque uma antiga sócia minha havia sido contratada para atuar em uma arbitragem da Eletronorte (eu nem soube da contratação, embora soubesse que ela já havia atuado representando esta empresa em outros casos).

⇒ Portanto, pelo que vi publicado, eu teria deixado de ganhar dinheiro honestamente em um dos principais escritórios de advocacia do país para vir faturar um trocado desonestamente no STF.

⇒ Porém, no momento em que eu aceitei ingressar na vida pública, eu, como qualquer pessoa, passei a estar sujeito à crítica pública, justa ou injusta, bem ou mal informada, bem ou mal intencionada. Vem com o cargo. Quem não gosta de crítica, não deve vir para o espaço público.

2. Em reclamação, eu suspendi a decisão de um juiz que proibira a circulação de uma revista semanal que ligava um ex-governador de Estado a fatos apurados na Operação Lava Jato. Em nome da liberdade de expressão, liberei a revista. Até agora, não vi aparecer o nome deste governador nas investigações. É possível que a notícia fosse injusta. Mas, de novo, a democracia assegura a liberdade, mas nem sempre previne a injustiça. É o preço.

3. Seja como for, na frase feliz de Rosa de Luxemburgo, “a liberdade é sempre a liberdade para o que pensa diferente”.

VIII. EFEITOS NEGATIVOS DA EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO

1. Desestímulo à produção de obras dessa natureza (obras biográficas)

O Estado deve promover a cultura e não reprimi-la (CF, art. 215, § 3º, II).

2. Incentivo à produção de biografias “chapa-branca” ou autorizadas.

3. Comprometimento da história e da memória nacionais.

Eu aqui lembro que esses dispositivos do Código Civil que aqui deveremos fulminar não é apenas inconstitucional em tese. Ele tem causado danos reais à cultura nacional e aos legítimos interesses de autores e editores de livros. Os exemplos de interferência judicial na divulgação de biografias são inúmeros:

- (i) Ruy Castro, “Estrela Solitária: um brasileiro chamado Garrincha”;
- (ii) Paulo César Araújo, “Roberto Carlos em Detalhes”;
- (iii) Alaor Barbosa dos Santos, “Sinfonia de Minas Gerais – a vida e a literatura de João Guimarães Rosa”;
- (iv) Toninho Vaz, “O Bandido que Sabia Latim”;
- (v) Eduardo Ohata, “Anderson Spider Silva – o relato de um campeão nos ringues da vida”;
- (vi) Pedro de Moraes, “Lampião – O Mata Sete”.

IX. CONCLUSÃO

1. O voto escrito que irei juntar terá a seguinte ementa:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL. BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS. COLISÃO ENTRE A LIBERDADE

DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

1. A interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que confere àqueles que são retratados em biografias (ou a seus familiares, no caso de pessoas falecidas) a prerrogativa de autorizarem a publicação dessas obras e, na ausência de autorização, de obterem judicialmente a proibição da sua divulgação, é incompatível com a Constituição.

2. Tal leitura estabelece uma regra abstrata e permanente de primazia dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão na divulgação de biografias, que viola o sistema constitucional de proteção e privilégio das liberdades de expressão e informação, configurando eminente censura privada.

3. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos dispositivos impugnados, para, mediante interpretação conforme a Constituição, afastar do ordenamento jurídico a necessidade de consentimento dos biografados, demais pessoas retratadas ou de seus familiares para a publicação e veiculação de obras biográficas.