



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA: PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE
DANOS E ARRECADAÇÃO CONJUNTA DE DIREITOS AUTORAIS

Rafaela Moura Gruner

Rio de Janeiro
2018

RAFAELA MOURA GRUNER

BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA: PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE
DANOS E ARRECADAÇÃO CONJUNTA DE DIREITOS AUTORAIS

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA: PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE DANOS E ARRECADAÇÃO CONJUNTA DE DIREITOS AUTORAIS

Rafaela Moura Gruner

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós-graduada em Direito *Lato Sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a desproporcional violação ao direito à honra nas biografias não autorizadas em nome da liberdade de expressão é patente. O tema exige novos posicionamentos e reformulação do ordenamento jurídico. Verifica-se o atentado ao direito fundamental em si, o quantum indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografado às custas do biografado. A essência do trabalho é comprovar a deformação de solução constitucional para conflitos de direitos fundamentais, demonstrar a viabilidade da divisão de direitos autorais e apontar novos parâmetros para a reparação eficaz de danos.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Civil. Biografia não autorizada. Responsabilidade civil e direitos autorais.

Sumário – Introdução. 1. Do tratamento da liberdade de expressão como posição preferencial na resolução de conflitos de direitos fundamentais. 2. Da possibilidade jurídica de arrecadação do biografado com direitos autorais decorrentes da biografia. 3. Dos parâmetros para reparação eficaz de danos à honra. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute parâmetros para reparação eficaz de danos e arrecadação conjunta de direitos autorais no âmbito das biografias não autorizadas. Procura-se demonstrar que há uma ineficácia protetiva do direito a honra diante do direito de liberdade de expressão, de modo a exigir novos posicionamentos e reformulação do ordenamento jurídico.

Para tanto, o trabalho enfoca no atentado ao direito a honra em si, no *quantum* indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografado às custas do biografado, o que caracteriza arbítrio da liberdade sobre a honra e conseqüente deformação da solução constitucional para a colisão de direitos fundamentais.

Após longa tramitação e amplo debate em audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação constitucional aos artigos 20 e 21 do Código Civil, para efeito de vedar seja a publicação de uma biografia condicionada à prévia

autorização do biografado. Dessa forma, caso o biografado entenda que seus direitos foram violados pela publicação, terá direito à reparação por meio de indenização pecuniária.

Diante disso, o Poder Judiciário tem mantido, como parâmetro, quando condena alguém por danos morais, a fixação em patamar não superior a 20 salários mínimos; e, na seara criminal, a questão resolve-se nos juizados especiais - considerando as sanções cominadas. Ocorre, portanto, verdadeira carta branca para o biógrafo ante o desestímulo em desrespeitar a honra alheia, na medida em que a indenização se faz vantajosa e ínfima perante arrecadação vultuosa fruto da obra.

Além disso, a arrecadação é exclusiva do biógrafo, percebida dos lucros auferidos com direitos autorais, que, em última análise, são provenientes de notoriedade conquistada pelo biografado. Afinal, o interesse em biografar não se dá no contexto de desconhecidos, mas de personalidades ilustres que construíram um verdadeiro legado cultural, profissional, intelectual ou artístico, isto é, um verdadeiro patrimônio pessoal e intransferível ao longo de sua história.

Para melhor compreender o tema, busca-se despertar a atenção para o tratamento da liberdade de expressão como uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais. Pretende-se, ainda, pesquisar a possibilidade de divisão de direitos autorais e buscar parâmetros que poderiam ser aplicáveis para reparação de dano que atinja a função compensatória e preventiva quando se trata de personalidades de notória exposição pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho examinando se haveria compatibilidade da posição preferencial do direito à liberdade com os princípios constitucionais de solução de conflitos de direitos fundamentais, a saber, uma rigorosa avaliação dos direitos e bens jurídicos contrapostos e dos níveis de afetação dos mesmos, ademais de um cuidadoso teste de proporcionalidade e outros critérios aplicáveis.

O segundo capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação, com fundamentos jurídicos sólidos, da divisão de direitos autorais ao caso das biografias não autorizadas, no mínimo, em igualdade de condições, ou, com preponderância para o biografado, tendo em vista que, em última instância, é a razão de ser da demanda por sua biografia.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, acerca de parâmetros que poderiam ser aplicáveis para reparação de dano afim de atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do direito à honra.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Por conseguinte, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DO TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO POSIÇÃO PREFERENCIAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No exercício de direitos fundamentais é comum a ocorrência de confrontos, especialmente no tocante ao direito de informar e os direitos de personalidade. Ressalvados os casos indispensáveis de publicidade crítica democrática, não são raros os casos em que a biografia se oponha a vedação da inviolabilidade da honra de figuras públicas. Diante dessa provável colisão de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa essencial ao exame da questão abordada no presente capítulo de que no Direito Brasileiro não há relação de hierarquia entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão, de modo que nenhum deles pode ser considerado em absoluto.

Ao se deparar com a antinomia real de normas, em que há oposição entre duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo, deve-se recorrer a uma solução de “juízo de ponderação” que, segundo Godoy¹, deverá ser feito na análise do caso concreto, para prossecução de um fim legítimo a ser atingido por meios idôneos.

No caso de conflitos entre direitos, o ministro Marco Aurélio Mello² analisa decisões do Supremo Tribunal Federal de modo a concluir pela predominância de uma

¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

² MELLO apud MIRANDA, Jorge (Coord.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, p.30.

interpretação em busca de harmonia, dando peso maior a um ou a outro direito por meio de pronunciamentos motivados que levam em conta, entre outros elementos não menos importantes, contextos históricos para justificar a evolução de aplicação dos direitos fundamentais.

Quando se fala de liberdade de expressão, defende-se que tal direito desfruta de uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais. Significa dizer que, conforme posição do ministro Luís Roberto Barroso³, como regra geral, não se admitirá a limitação do direito de liberdade, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam.

O fundamento desse posicionamento se dá porque historicamente as liberdades em geral foram objeto da mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, de acordo com o texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito no âmbito da Constituição Federal de 1988.

Ainda que justificável e aplaudível tal linha de entendimento, a atribuição de uma função de preferência à liberdade de expressão não parece compatível com as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, em que a nenhum direito deve assumir uma prévia posição na arquitetura dos direitos fundamentais.

A doutrina da posição preferencial significa, pois, verdadeira hierarquização dos Direitos Fundamentais e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local privilegiado, tomados como de maior peso de per se. Dessa forma, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, haverá uso do escrutínio estrito; na ausência deles, o teste da mera razoabilidade.

De fato, a liberdade de expressão é estruturalmente incompatível com regimes de censura, licença ou autorização prévia. No entanto, a vedação de toda e qualquer censura por si só não tem o condão de atribuir à liberdade de expressão a tal posição de primazia na medida em que nenhum direito pode ser absoluto, como já mencionado, e encontra

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 22.238 MC/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018, p.15.

limites no exercício de outros direitos fundamentais, indo de encontro à tese jurisprudencial.

Nesse contexto de hermenêutica constitucional, há vozes que critiquem a discricionariedade nas teses neoconstitucionalistas da jurisprudência, uma vez que subvertem o constitucionalismo do pós-guerra que, ao contrário do que ocasionalmente ocorre na prática, tem a função de propiciar condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (constituições). Nesse sentido, afirma Lenio Streck⁴ que:

(...) passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição.

Portanto, conforme bem explicita Canotilho⁵, o regime brasileiro admite restrições ao direito de liberdade desde que estejam no interior da própria Constituição Federal e se sujeitem a um princípio de excepcionalidade e de ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, devidamente fundamentadas, sujeitas a uma metódica de ponderação de direitos e interesses em presença, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Por todo o exposto, não parece razoável a outorga à liberdade de expressão uma posição inicial de vantagem no caso de conflitos com outros direitos fundamentais, exigindo, pelo contrário, uma rigorosa avaliação dos direitos e bens jurídicos contrapostos e dos níveis de afetação dos mesmos, ademais de um cuidadoso teste de proporcionalidade, observando-se sempre a proibição de toda e qualquer censura prévia.

Em outras palavras, a liberdade de expressão como fundamento para a permissão de biografias não autorizadas não justifica a descon siderações do direito a honra da pessoa humana. No entanto, apesar da inexistência de uma base teórica para a hierarquização dos Direitos Fundamentais, é prática da jurisprudência introjetar nos direitos de liberdades um peso maior, uma posição avantajada em relação aos demais Direitos Fundamentais assegurados constitucionalmente, de modo que o direito a honra arca com uma redução unilateral que culmina à exposição de eventual violação, que poderá ser supostamente remediada *a posteriore* ao dano já produzido.

⁴ STRECK apud MIRANDA, op. cit., p.121.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim); MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2015, p.30.

2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ARRECADAÇÃO DO BIOGRAFADO COM DIREITOS AUTORAIS DECORRENTES DA BIOGRAFIA

Os direitos autorais passaram por importante evolução histórica na legislação brasileira, vindo a serem efetivamente examinados na Constituição de 1891, e consolidados, mais tarde, com o advento do código Civil de 1916. Já na Constituição Federal de 1988, a proteção autoral foi incluída em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, no entanto, o regramento se encontrava em diversas leis esparsas. Diante disso, o Brasil editou em 1998 a Lei nº 9.610, Lei Brasileira de Direitos Autorais (LDA), que além de unificar toda a matéria, veio para tentar atender as modernidades tecnológicas e desenvolver novos meios jurídicos que garantam a proteção dos direitos autorais.

Direito autoral, por oportuno, é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações. De acordo com as lições de Ascensão⁶:

o direito de autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. (...). A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular. Deste modo se visa compensar o autor pelo contributivo criativo trazido à sociedade. Por isso, esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo.

A faculdade patrimonial advinda do direito de autor tem o sentido de reservar para ele as vantagens econômicas derivadas da exploração da obra. Esclarece Bittar⁷ que: “os direitos patrimoniais decorrem de utilizações econômicas realizadas no mundo negocial, provocando a circulação da obra e criando direitos sucessivos, utilização autônoma de direitos patrimoniais e a incidência de várias receitas”.

Nesse contexto, como os aludidos direitos somente cabem a quem seja autor da obra literária, artística ou científica, nos termos do artigo 29 da LDA⁸, faz-se

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3.

⁷ BITTAR apud PAESANI, Liliana Minardi. *Manual de propriedade intelectual: direito de autor; direito da propriedade industrial; direitos intelectuais sui generis*. São Paulo: Atlas, 2012, p.16.

⁸ BRASIL. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

indispensável a análise do reconhecimento da autoria que é, sem dúvida, um direito inerente aos autores e coautores.

As criações protegidas por direitos autorais podem ser classificadas, em nossa legislação, em obras de autoria individual, coautoria ou obras coletivas, dependendo, respectivamente, se criadas por apenas um autor, em coautoria ou quando uma terceira pessoa ou organização organiza as contribuições criativas para criar uma terceira obra.

Na coautoria a obra literária, artística ou científica é criada conjuntamente por dois ou mais autores de modo a receber proteção jurídica tanto por suas contribuições individuais como pelo conjunto da obra. O artigo 23 da LDA⁹, dispõe que, salvo convenção em contrário, os coautores exercerão, de comum acordo, os seus direitos. Portanto, possível estabelecer que algum ou alguns dos colaboradores tem legitimidade para o exercício total de direitos.

Quando se trata de biografias, fica fácil visualizar este tipo de colaboração diante da exigência do “concurso necessário” entre biografado e biógrafo, ante a indispensável bilateralidade posto que sem a personalidade célebre não haveria o biógrafo, afinal, o grande responsável pelo feito que alavancou a demanda é o biografado por sua biografia. A sua obra que justificou a popularidade e o interesse do público em geral, embora seja razoável que o biógrafo também faça jus a um percentual justo dos direitos autorais.

Cabe questionar, portanto, se seria coerente remunerar-se somente o biógrafo, que se utiliza da importância ou notoriedade conquistada pelo biografado. Parece irrazoável admitir-se que o biógrafo enriqueça às custas de personalidades que ao longo de sua história e de sua existência construíram um verdadeiro legado cultural, profissional, intelectual ou artístico, isto é, um verdadeiro patrimônio pessoal e intransferível, apenas por ter condensado essa rica história.

Soa falacioso invocar-se apenas o exercício de liberdade de expressão ou informação para se beneficiar de qualquer forma às custas de outrem. Seja dito de passagem, não é comum se verificar alguém interessado em biografar pessoas sem notoriedade pública, porque não rende dividendos, justamente por não haver interesse popular. A biografia de personalidades ilustres é um patrimônio pessoal e intransferível que não pode ser usurpado por ninguém, a título algum.

Pertinente acentuar a temática do abuso de direito, que advém do predomínio da vontade do titular de um direito como condutor absoluto de seu exercício. Na literatura

⁹ Ibid.

moderna, a conceituação do abuso de direito, apesar de ampla, também pode ser definida como o exercício do direito de modo a contrariar e contradizer o valor que se procura tutelar. Assim sendo, representaria uma violação a limites que não estão colocados na existência de direitos de terceiros, e sim em elementos típicos emanados do próprio direito, exemplificado como o seu valor ou sua função.

Ainda, o fato de somente o biógrafo assinar a obra e externalizar exclusivamente a condição de autor da biografia, não retira os direitos advindos da contribuição do biografado. De acordo com Ascensão¹⁰, uma obra não deixa de ser obra de colaboração, por mais paradoxal que pareça, por vir divulgada em nome de um só colaborador, de acordo com o artigo 14 da LDA¹¹. Aliás, a indicação do nome na obra dá apenas uma presunção de autoria, nos termos do artigo 13¹², do mesmo dispositivo legal.

Por conseguinte, é possível sustentar, diante dessa conjuntura, com fundamentos jurídicos sólidos, a divisão de direitos autorais, no mínimo, em igualdade de condições, já que, em última instância, é a razão de ser da demanda por sua biografia. Recomenda-se, portanto, que o biografado seja destinatário de parte da arrecadação de sua biografia, mesmo não autorizada.

3. DOS PARÂMETROS PARA REPARAÇÃO EFICAZ DE DANOS À HONRA

Em 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade¹³ no STF com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil¹⁴. O pedido principal da autora foi para que o STF desse interpretação conforme a Constituição e declarasse que não é necessário consentimento da pessoa biografada para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais. Por unanimidade, o STF julgou

¹⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 86.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI. n.º 485*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

procedente a ADI e declarou que não é necessária autorização prévia para a publicação de biografias.

Com o intuito de tornar a situação mais amena, ficou decidido que, caso o biografado ou qualquer outra pessoa retratada na biografia entenda que seus direitos foram violados pela publicação, terá direito à reparação, que poderá ser feita não apenas por meio de indenização pecuniária, como também por outras formas, tais como a publicação de ressalva, de nova edição com correção ou de direito de resposta.

Tal disposição é passível de crítica, na medida em que o que a Constituição Federal brasileira¹⁵ assegura ao biografado não é dinheiro — que, aliás, ele pode não ter o menor interesse em receber —; é a proteção da sua honra e da sua privacidade, direitos considerados indisponíveis e inalienáveis por toda a doutrina jurídica que se ocupa desses temas. Discussões à parte, essa reparação, em tese, deve conter as funções inerentes ao dano moral, quais sejam: compensar, punir e dissuadir, em concordância com a doutrina de Noronha¹⁶, que assim dispõe: “se essa finalidade (dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasora) ”.

Portanto, o objetivo deveria alcançar ao menos algum equilíbrio entre os direitos em questão diante da desvalorização do direito à honra e do tratamento da liberdade de expressão como posição preferencial, por todos os motivos elencados em capítulos anteriores. Por um lado, para, em sua função preventiva, desestimular ao biógrafo desrespeitar a honra, pois saberá que não valerá a pena violentá-la; por outro, para, em sua função compensatória, refletir um valor que verdadeiramente repare o dano da situação peculiar de pessoas de notório conhecimento público, levando-se em consideração as condições pessoais desse grupo de vítima. De outro modo, a função compensatória da indenização se reduziria ao sentimento de impunidade, posto que a honra, já atingida, é imensurável e geralmente trata-se de pessoas que já dispõem de um patrimônio expressivo em que o valor se torna irrelevante.

No entanto, na prática o Poder Judiciário tem mantido, como parâmetro, quando condena por danos morais, a fixação em patamar não superior a 20 salários mínimos - *quantum* indenizatório que não cumpre nenhuma das funções, de modo que valeria à pena

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437.

descumprir o direito a honra diante da futura arrecadação com a obra. Ocorre, dessa maneira, verdadeira carta branca para o biógrafo ante o desestímulo em desrespeitar a honra alheia, na medida em que a indenização se faz vantajosa e ínfima perante arrecadação vultuosa fruto da obra

Isto posto, essa solução indenizatória para a ponderação dos direitos em conflito só é “intermediária” na aparência, na medida em que exprime claramente uma prevalência da liberdade de expressão sobre os direitos à privacidade e à honra. Assim, é patente o despreparo do ordenamento jurídico sendo imperiosos os meios preventivos para preservar a honra. Por conseguinte, pretende-se defender que se estabeleçam, legalmente, novos parâmetros, isto é, critérios específicos para reparação do dano à honra alheia, especialmente para hipóteses de biografias não autorizadas que atinjam a honra de pessoas de notória exposição pública.

Diante de todo o contexto apresentado, parece evidente que o critério da adequação e proporcionalidade se amoldaria perfeitamente à problemática, exigindo sejam analisadas as peculiaridades do caso concreto, respeitando, dessa forma, o princípio da equidade proposto no caput do art. 5º da Constituição Federal¹⁷, para se auferir uma decisão mais próxima ao ideal de justiça. Tal ponderação, no entanto, utiliza-se tradicionalmente de diversos parâmetros para avaliar as circunstâncias do fato como a duração do sofrimento experimentado pela vítima, reflexos desse dano no presente e futuro, as partes envolvidas no conflito e as condições físico-psicológicas do ofensor e do ofendido.

Contudo, a fim de alcançar as funções de compensar, punir e dissuadir, o critério solucionador para a hipótese específica da violação à honra dos biografados parece ainda mais simples. Quanto maior a importância do biografado, maior o dano a ser reparado; quanto maior for a arrecadação projetada pela biografia, mais elevada deverá ser a reparação. A reparação da honra alheia deve ser de tal ordem elevada que seja capaz de desestimular ao biógrafo desrespeitá-la, pois saberá que não valerá a pena violentá-la.

A elementar indicação de parâmetros pode ser estabelecida pela legislação brasileira com a finalidade de atribuir uma base segura para a superação das colisões entre, de um lado, as liberdades de expressão e informação e, de outro, os direitos à honra e à privacidade. A indicação desse parâmetro igualmente poderia ser feita em normas regulamentares, ou em normas deontológicas (como no exemplo do Código de Ética dos

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 15.

Jornalistas Brasileiros¹⁸), ou, ainda, em um código de auto-regulamentação, que poderia ser elaborado conjuntamente por representantes do mercado editorial, sindicatos de atores, sindicatos de atletas e outras instituições interessadas.

Como se vê, não significa dizer que as biografias não serão analisadas, caso a caso, pelo Poder Judiciário, mas, sim que não ficaram mais ao sabor das preferências literárias e culturais de cada juiz ou desembargador. O parâmetro objetivo para a fixação de danos morais seria um procedimento técnico realizado com base na importância do biografado e em sua arrecadação projetada pela biografia.

A utilização desses critérios não é prejudicial, porque o que verdadeiramente constitui um retrocesso na jurisprudência, é o fato de não haver subsunção de critérios aplicados pelo magistrado ao caso concreto em análise. É comum a existência de sentenças que não discriminam os parâmetros utilizados para fixação do valor indenizatório do dano moral, sob o pretexto de utilização tão somente da razoabilidade, equidade, ou mesmo o prudente arbítrio do juiz.

Estes critérios jamais poderão ser os únicos na avaliação do valor indenizatório, sob pena de arbitrariedade do órgão julgador e de quebra do princípio da motivação da sentença. O convencimento do magistrado é livre, porém, motivado, conforme prevê o artigo 131 do Código de Processo Civil¹⁹. A falta de motivação torna a sentença desprovida de fundamento, e, portanto, nula.

Dessa forma, com parâmetros que podem ser estabelecidos previamente, como fruto de um debate democrático, que pode ser travado tanto no Congresso Nacional quanto no âmbito de entidades interessadas na edição de um código de auto-regulamentação, é possível atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do direito à honra.

¹⁸ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. 2007. Disponível em: http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04_codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ineficácia protetiva do direito a honra hoje existente no que se refere as biografias não autorizadas. É patente a violação desproporcional, ou seja, o atentado ao direito fundamental em si, o quantum indenizatório que não cumpre a função compensatória ou preventiva, além do enriquecimento indevido do biografo às custas do biografado, o que caracteriza arbítrio de um direito sobre outro e inegável deformação da solução constitucional para a colisão de direitos fundamentais.

Restou comprovado que o tratamento da liberdade de expressão como uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros direitos fundamentais não encontra compatibilidade com o direito constitucional brasileiro, na medida em que não há hierarquização dos direitos fundamentais e não há que se falar em inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros.

Sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Verifica-se que não é o que ocorre na prática, quando a jurisprudência permite a publicação de uma biografia, ainda que haja violação da honra, sob o argumento de que a liberdade de expressão não pode ser condicionada à prévia autorização do biografado. O fato de o biografado ter direito à reparação por meio de indenização pecuniária, não equilibra os direitos em questão uma vez que já violado o direito à honra.

No entanto, superando o fato de que essa situação verdadeiramente ocorre na prática contra os ditames constitucionais, há ainda solução para a busca de equilíbrio como demonstrado ao longo do segundo capítulo do presente estudo. Portanto, ainda na tentativa de balancear os direitos em questão, foi possível demonstrar com fundamentos jurídicos sólidos a possibilidade de divisão de direitos autorais, no mínimo, em igualdade de condições, na medida em que, em última instância, é o biografado a razão de ser da demanda por sua biografia.

Nada mais razoável, a exemplo do que ocorre analogicamente na dramaturgia, visto que na produção de filmes, novelas ou peças de teatro existem os produtores - realizadores, escritores, roteiristas etc. -, que arrecadam valores advindos da produção ou da “história”, mas, por outro lado, há igualmente os atores que incorporam os personagens

e são, por isso, dignamente remunerados, em observância ao princípio da isonomia e proporcionalidade.

Retomando a ideia acerca do atual entendimento das Cortes Superiores sobre a indenização caso o biografado entenda que se seus direitos foram violados pela publicação, é inegável que mais uma vez o direito à honra é infringido. Isso porque, na realidade este quantum indenizatório é extremamente baixo e não cumpre as funções reparatórias ou até mesmo preventivas. Primeiro porque, em sua função preventiva não desestimula o biógrafo desrespeitar a honra, pois saberá que valerá a pena violentá-la diante do lucro com a arrecadação da biografia; segundo, porque, em sua função compensatória, não reflete um valor que efetivamente repare o dano imensurável e geralmente trata-se de pessoas que já dispõe de um patrimônio expressivo em que o valor arbitrado, a depender, pode ser irrelevante.

O entendimento a que chegou este pesquisador é no sentido de que se faz necessária a definição de parâmetros para reparação de dano, levando em conta todo o contexto, afim de atingir a função compensatória e preventiva do dano moral quando se trata de personalidades de notória exposição pública e conseqüentemente resulte menor disparidade entre o direito, como almeja a Constituição Federal.

O que, frisa-se, é plenamente viável visto que o juiz ainda terá a liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização, porém, o fará dentro de parâmetros estabelecidos. Assim, conforme sugerido no terceiro capítulo, quanto maior a importância do biografado, maior o dano a ser reparado; quanto maior for a arrecadação projetada pela biografia, mais elevada deverá ser a reparação. Consubstancia-se na ideia de alcance de ambas funções do dano moral antes elencadas, compensatória e preventiva.

Os principais argumentos usados por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentaram-se na premissa de que os direitos devem ser constitucionalmente equilibrados. No entanto, como não o são, algumas providências poderiam ser tomadas dentro do possivelmente jurídico, de modo a não restringir o exercício da liberdade de expressão e atenuar a violação ao direito a honra.

A busca da isonomia entre os direitos deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrinária, mas também no seio dos Tribunais de diversos níveis, a fim de consagrar em definitivo a complexidade de matérias como essa que foi abordada por este Pesquisador. Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão total de um direito em razão de outro, o

que obstaría o respeito aos direitos fundamentais que aperfeiçoam a sociedade que hoje conquistamos.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 22.238 MC/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Liberdade-de-expressao-Rcl-22328-1.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. Nº 485*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>>. Acesso em: 19 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim), MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2015.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. 2007. Disponível em: http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04_codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 01 out. 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.