



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: COLISÃO ENTRE
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROTEÇÃO DA
PRIVACIDADE À LUZ DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO
Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal**

Salvador
2016

ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: COLISÃO ENTRE
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROTEÇÃO DA
PRIVACIDADE À LUZ DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO
Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Área de Concentração: Relações Sociais e Novos Direitos.

Linha de Pesquisa: Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade.

Subárea de Direito Civil: Efeitos da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Orientadora: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador
2016

P834 Porciúncula, André Ribeiro.

Publicação de bibliografias não autorizadas [manuscrito] : a colisão entre a liberdade de expressão e a proteção da privacidade à luz do direito ao esquecimento. Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal / André Ribeiro Porciúncula. – 2016. 329 f..

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2016.

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

1. Direitos fundamentais. 2. Privacidade. I. Título. II. Título: colisão entre liberdade de expressão e proteção da privacidade à luz do direito ao esquecimento. Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal.

CDD 342.085

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ RIBEIRO PORCIÚNCULA

**BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: COLISÃO ENTRE
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROTEÇÃO DA
PRIVACIDADE À LUZ DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO**
Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora.

Nome: Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Orientadora)
Titulação: Doutora
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nome: Monica Neves Aguiar da Silva
Titulação: Doutora
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nome: Cristiana Menezes Santos
Titulação: Doutora
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Salvador, ____/____/2016

À minha amada esposa, Paula. A eles,
Carlos Alberto e Mariluce, pais e fieis
amigos.

AGRADECIMENTOS

Minha profunda gratidão ao programa de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Federal da Bahia – universidade da qual me orgulho, imensamente, de ter sido responsável pela minha graduação acadêmica –, por ter possibilitado o meu ingresso neste tão valoroso e concorrido curso de mestrado, tornando, o que era apenas um sonho, realidade.

À Professora Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, minha orientadora, que, no alto de seu conhecimento jurídico e humano, sempre gentil, mas, com objetividade e rigor, contribuiu, substancialmente, para minha pesquisa. Agradeço sobremaneira pelas lições nas disciplinas Fundamentos de Direito Civil e Tirocínio Docente Orientado. Obrigado pela oportunidade, que, aliás, me trouxe profunda satisfação e felicidade, de ministrar aulas da disciplina Teoria Geral do Direito Civil I, na graduação desta centenária universidade. Agradeço aos alunos da disciplina Teoria Geral do Direito Civil I, semestre 2015.1, pelos debates em sala de aula que contribuíram para o meu aprendizado e para a minha pesquisa.

Agradeço a todos os professores do programa de pós-graduação em Direito da UFBA, em especial à Professora Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva, de quem tive a felicidade de absorver incalculáveis conhecimentos na disciplina Microbioética. Ao Professor Dr. Saulo José Casali Bahia, pelos ensinamentos na disciplina Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Aos Professores Drs. Rodolfo Pamplona e Nelson Cerqueira pela incrível experiência na disciplina Metodologia da Pesquisa. Ao Professor Dr. Ricardo Maurício pela densa contribuição na disciplina Teoria Geral do Direito. E à Professora Dra. Maria Auxiliadora Minahim pelas inesquecíveis lições na disciplina Seminário da Pesquisa.

Aos meus colegas do mestrado, deixo o meu mais profundo agradecimento, em especial a Ricardo Duarte, Ana Barbuda, Thácio Moreira e Ainah Angelini, não só pela relevante e generosa contribuição acadêmica, mas, também, pela sincera e enriquecedora amizade.

À Defensoria Pública da União, agradeço por me ter possibilitado equacionar a intensa demanda da Instituição com a também densa pesquisa desenvolvida. Não poderia deixar de agradecer aos servidores da Faculdade Direito da UFBA, pois sem eles também não haveria a conclusão desta pesquisa.

Aos pais mais amados do mundo, a quem devo todos os meus mais preciosos valores, agradeço por tudo já alcançado na minha vida, todas as conquistas e ensinamentos. Sem vocês nada seria possível. Aos meus irmãos, David, Juana, Sérgio e Beto, pelo carinho.

À Paula, minha esposa, por quem tenho uma paixão e amor incondicionais, minha mais profunda gratidão simplesmente por ser exatamente como você é, pela compreensão nos momentos mais difíceis, pela cumplicidade, pelas palavras de carinho e por sempre me incentivar nos meus sonhos, seguindo com determinação, sem deles nunca desistir. Agradeço-lhe por sempre acreditar.

O tempo muito nos ensinou.
Ensinou a amar a vida, não desistir
da luta, recomeçar na derrota,
renunciar as palavras e pensamento
negativo, enfim, acreditar nos
valores humanos. Ser otimista!!!
(Cora Carolina)

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. Publicação de biografias não autorizadas: colisão entre liberdade de expressão e proteção da privacidade à luz do direito ao esquecimento. Controvérsias pós-decisão do Supremo Tribunal Federal. 328 f. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a colisão dos direitos fundamentais, notadamente liberdade de expressão e privacidade, na perspectiva das biografias não autorizadas, debatendo a atual controvérsia pós-decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815-DF. A ideia é pesquisar as restrições e limites quanto ao exercício destes tão caros direitos à sociedade, cuja solução, quando colidentes, não passa pela interpretação pura e simples de normas-regras, mas antes reclama a interpretação de todo o sistema jurídico a partir de normas-princípios. Parte-se da premissa de que nenhum direito, por mais elementar e caro à sociedade que o seja, pode ser exercido de forma absoluta e de que todo direito fundamental, inclusive, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana – vetor interpretativo de todo o sistema jurídico -, é realizável *prima-facie*, ou seja, parcialmente, podendo ser relativizado, quando em colisão com outros direitos fundamentais, diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto. Assim, em face desta premissa, são objeto de estudo, no capítulo 02, as teorias das restrições dos direitos fundamentais, sob as óticas do suporte fático, amplo e restrito, das restrições e do âmbito de proteção da norma. Fixadas as primeiras premissas, passa a pesquisa ao estudo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, com o objetivo de analisar se existe um núcleo duro, essencial, mínimo, intangível, um “limite imanente” dos direitos fundamentais e, em última análise, se existe também este mesmo núcleo intangível - “restrição das restrições” – quanto ao princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana. Investiga-se se existe um mínimo essencial ou existencial que protege a privacidade e a liberdade de expressão quando ambos entram em rota de colisão. Para subsidiar esta construção interpretativa, debruça-se a pesquisa sobre o fenômeno da constitucionalização do direito e sua influência na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a permitir, também, no avançar deste trabalho, conhecer as restrições ou limites de conteúdo passíveis de controle pelo Poder Judiciário em obras biográficas não autorizadas. Propõe-se a investigar o sopesamento ou ponderação como instrumento de solução da colisão de direitos fundamentais, analisando, criticamente, os contornos da chamada “lei de colisão”. No capítulo 03, passa-se a analisar um dos objetos centrais da pesquisa, a liberdade de informação em colisão com a esfera privada. Debruça-se sobre os contornos da liberdade de informação na atualidade, sob o tríplice viés do direito de informar, de se informar e de ser informado, na perspectiva individual e coletiva – transindividual-, como importante instrumento de autorrealização, de autodeterminação e de construção da memória coletiva. Assim, dentro da dimensão *prima facie* dos direitos fundamentais, investiga-se, em específico, a liberdades de manifestação de pensamento e de opinião, a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade de informação jornalística ou de imprensa, o direito de sátira e o discurso do ódio (*hate speech*), sempre analisando relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre os temas. No capítulo 04, são realizados estudos sobre relevantes temas dos direitos da personalidade, no sentido de fixar as bases teóricas que permitirão ingressar na investigação da privacidade na atual sociedade da informação, da vigilância ou do registro, como já tem sido chamada, em especial sob a contemporânea perspectiva do exercício positivo da privacidade

consistente no acesso e no controle de dados e de informações pessoais - *control of information about oneself*. A pesquisa avança e se ocupa em debater o direito ao esquecimento como um novo direito da personalidade, abordando, no direito interno e externo, referências sobre sua origem, seus fundamentos e sua relação com a era digital, sempre dentro da perspectiva da teoria geral dos direitos da personalidade. No capítulo 05, ingressa-se no estudo específico das biografias, no sentido de conhecer o gênero literário em si, detalhando a historiografia das autobiografias e das biografias, suas principais características, as escolas biográficas, antiga e moderna, a aproximação das esferas pública e privada e o dilema da verdade do conteúdo biográfico. Neste particular, são trazidos debates sobre a ausência de consentimento para publicação de obras biográfica, sobre os paradigmas interpretativos dos artigos 17, 20 e 21 do Código Civil sobre o tema, e os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4815-DF. A pesquisa se debruça sobre controvérsias ainda existentes pós-julgamento da ADI nº 4815-DF pelo STF, em especial quanto à possibilidade, ainda existente, mas excepcional, de suspensão temporária, por decisão judicial preventiva provisória, da publicação e comercialização de obras biográficas quando constatada evidente violação à privacidade. E, sobretudo, quanto à possibilidade de o Poder Judiciário controlar, via de regra em tutela jurisdicional posterior, garantido o contraditório e a instrução processual, o conteúdo de obras biográficas, determinando medidas reparatórias pecuniárias e não pecuniárias – retificação, justificação ou, em última análise, supressão de trechos considerados manifestamente ofensivos, sem que isso configure censura privada. Para tanto, apresentamos nossa proposta de solução do problema, e, para tanto, utilizando-nos de expressão referida por Alexy, quando da aplicação da “lei de colisão”, sugerimos “precedências condicionadas” – situações fáticas e normativas do caso concreto -, que nortearão o legislador e o construtor da norma no caso concreto – julgador -, a colmatar as lacunas legislativas e a solucionar controvérsias individuais e coletivas quanto à colisão da liberdade de expressão e da proteção à privacidade, não apenas no âmbito de obras biográficas, mas antes em todo e qualquer veículo de comunicação social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de Expressão. Privacidade. Restrições. Colisão. Biografias.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. Not authorized biographies publication: collision between freedom of speech and private sphere protection in light of the right to be forgotten. Controversies after decision of Supreme Court of Law. 321 f. 2016. Dissertation (Master Degree) – Law Scholl, Federal University of Bahia, Salvador, 2016.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the collision of fundamental rights, especially freedom of speech and privacy protection within the perspective of not authorized biographies. It debates this current controversy according and beyond the paradigm decision of Supreme Court of Law in 4815-DF Direct Unconstitutionality Action. The idea is to search the restrictions and limits of exercising fundamental rights, which solutions, when they collide, do not goes by interpretation of rules only, but demand interpretation of the whole system according to principles. Parties on the premise that there is no absolute right and, however its importance to the society, it cannot be exercised in an absolute way. So every fundamental right, including, the ethical and legal principle of human dignity – interpretative vector of the whole system -, is partly realizable, that is, *prima-facie*. In this way, the ethical and legal principle of human dignity can be relativized in a certain way when fundamental rights collides, according to normative and factual circumstances of concrete case. Therefore, on this premise, the objects of this study, in chapter 02, are the restriction theories of fundamental rights on the optical of wide and restricted factive support. Fixed these first premises, the search pursues to investigate essential content of the fundamental rights in order to analyze if there is a hard core, an essential, a minimum, an “immanent limit” of fundamental rights end, ultimately, if there is an intangible core of human dignity principle. It investigates if there is an existential minimum of each right that protects, in any circumstance, personality private sphere when it is in collision with freedom of speech. For this purpose, the research investigates the phenomenon of fundamental rights constitutionalisation and its influence on horizontal efficacy of fundamental rights to allow moving forward in the work to know the restrictions and the limits of content of not authorized biographies that may be controlled by Judicial Power. It proposes to investigate the technique of weighing interests as a solution mechanism for the collision of fundamental rights, analyzing in a critical way the “collision law”. In chapter 03, the research moves to one of its main object, which is the collision between freedom of speech and protection of privacy. It treats about the aspects of freedom of speech in the present in a triple outlook, which are the freedom to inform, the freedom to search for information and the freedom to be informed in an individual and collective perspectives as relevant tool to self-realization, self-determination and way to build collective memories. In this way, on *prima facie* dimension of fundamental rights, this investigation broaches, on specific, the freedom to manifest thoughts and opinion, the freedom of intellectual, artistic, scientific and communication express, the freedom of press or freedom of speech journalism, the satire rights and the hate speech right, always analyzing important trials of Supreme Corte of Law about these subjects. In chapter 04, studies about relevant aspects of personality rights have been made in order to set theories bases to investigate the privacy in the current “information society” or “register society”, as it has been called, especially in access and control’s perspective of data and personal information. The research moves forward and occupies itself to study the right to be forgotten as a singular and actual personality right. The research covers its origin, main basis and its relation with digital age within General Theory of Personality Rights.

In chapter 05, the work goes to the specific point of biographies, with the purpose to know this literary genre, detailing the history of biographies and autobiographies, its main aspects, the biographies schools, old and modern schools. In this detail, the discussion about absence of consent in biographies and interpretation paradigms of 17th, 20th and 21st articles of Civil Code are brought to the research, besides effects of Supreme Court's decision in the judgment of 4815-DF Direct Unconstitutionality Action. The work analyzes the deep controversy that remains after judgment of 4815-DF Action by the Supreme Court, especially the still, but exceptional possibility of temporary suspension by Judicial Power of publishing and commercialization of not authorized biographies when it clearly offends the privacy of other. And mainly, the work analyzes the possibility of subsequent judicial control of the content of not authorized biographies, watching the guarantee of contradictory and legal discovery. In this way, it treats about the main pecuniary and not pecuniary judicial protections as rectification, justification or suppression of parts considered offensive without this sets censorship. Using Alexy's expression about "collision-law", we present our proposal for solution the problem. We suggest precedent conditioned – factive and normative situations of concrete case that may guide the legislator and the norm builder to bridge the legislative gaps in order to solve individual and collective controversies about freedom of speech and privacy protection not only in the scope of not authorized biographies, but also in any communication vehicle.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of Speech. Privacy. Restrictions. Collision. Biographies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
1.1	DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO.....	25
1.2	MÉTODO.....	29
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES	32
2.1	RESTRICÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
2.1.1	O suporte fático amplo: direitos e deveres prima-facie	41
2.1.1.1	<i>Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais</i>	48
2.1.2	O suporte fático restrito: direitos e deveres definitivos	49
2.1.2.1	<i>Teoria Interna das Restrições de Direitos Fundamentais</i>	53
2.1.3	Conteúdo essencial dos direitos fundamentais	576
2.1.3.1	<i>Conteúdo essencial absoluto: mínimo existencial e limites imanes</i>	598
2.1.3.2	<i>Conteúdo essencial relativo e dignidade humana</i>	643
2.1.4	A constitucionalização do direito e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais	69
2.1.4.1	<i>Eficácia privada dos direitos fundamentais: modelos teóricos</i>	77
2.1.4.1.1	Inaplicabilidade de direitos fundamentais em relações privadas: teoria da ineficácia horizontal ou state action.....	78
		80
2.1.4.1.2	Teoria da eficácia indireta ou mediata.....	80
2.1.4.1.3	Teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.....	81
2.1.5	O Sopesamento (ponderação) como instrumento de solução de colisão de direitos fundamentais	83
2.1.5.1	<i>Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade</i>	89
2.1.4.1.4	O julgamento paradigma do caso Lebach: liberdade de expressão x proteção da esfera privada.....	95
		959
3	LIBERDADE DE INFORMAÇÃO EM COLISÃO COM A ESFERA PRIVADA	98
3.1	COMUNICAÇÃO: CONCEITO E OBJETIVOS.....	104
3.1.1	Liberdade de informação e fontes normativas	105
3.1.1.1	<i>Liberdade de manifestação de pensamento e de opinião</i>	112
3.1.1.2	<i>Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação</i>	115
		117
3.1.1.3	<i>Liberdade de informação jornalística ou de imprensa</i>	117
3.1.1.4	<i>Direito de sátira e liberdade de expressão</i>	122

3.1.1.5	<i>O discurso do ódio (hate speech) e liberdade de expressão</i>	128
4	DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS GERAIS	134
4.1	SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	134
4.2	NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	142
4.1.1	Direitos da personalidade e direitos fundamentais	142
4.1.2	Direitos da personalidade: direitos subjetivos e objeto	145
4.1.3	Direitos da personalidade: inatos ou históricos?	147
4.1.4	Direito geral da personalidade, monismo e pluralismo	150
4.1.4.1	<i>Classificação dos direitos da personalidade</i>	153
4.2	UM PANORAMA DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	155
4.2.1	Privacidade e controle de dados pessoais: o uso justo	159
4.2.1.1	<i>Vida privada</i>	167
4.2.1.2	<i>Intimidade</i>	170
4.2.1.3	<i>Honra</i>	171
4.2.1.3.1.	Honra e pessoas jurídicas.....	172
4.2.1.4	<i>Imagem: imagem-retrato e imagem atributo</i>	174
4.3	DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	179
4.3.1	Origem e fundamentos do direito ao esquecimento	179
4.3.2	O esquecimento e a era digital	182
4.3.2.1	<i>O caso paradigma: Mario Costeja González x Google Spain</i>	186
4.3.3	Precedentes judiciais no Brasil	190
4.3.3.1	<i>O Caso Candelária</i>	191
4.3.3.2	<i>O Caso Aída Curi</i>	193
4.3.4	Análise do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal	195
4.3.5.1	<i>Esquecimento no direito penal</i>	197
4.3.5.2	<i>Esquecimento no direito civil</i>	199
4.3.5.2.1	Inscrição negativa e Código de Defesa do Consumidor.....	200
4.3.5.2.2	Transexualidade, alteração de nome e de sexo registral.....	202
5	BIOGRAFIAS: CONHECENDO O GÊNERO LITERÁRIO	204
5.1	A HISTORIOGRAFIA DOS GÊNEROS BIOGRÁFICO E AUTOBIOGRÁFICO.....	204
5.2.1	Biografias antigas e modernas: o desafio da verdade	217

5.3	BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO.....	223 243
5.3.1	Paradigmas interpretativos dos artigos 17, 20 e 21 do Código Civil: a posição de preferência (preferred position) do STF.....	243 259
5.3.2	A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF.....	259
5.3.2.1	<i>O julgamento: o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia.....</i>	266
5.3.3	O Poder Legislativo na controvérsia das biografias: PL 393/2011 e PL 42/2014.....	272 278
5.3.4	O controle do conteúdo das informações em biografias não autorizadas: proposta de “precedências condicionadas”.....	278 278
5.3.4.1	<i>Personalidade da pessoa retratada.....</i>	278
5.3.4.1.1	Veracidade da informação.....	282
5.3.4.1.2	Interesse Público e Interesse Privado.....	284
5.3.4.1.3	Legalidade do meio de obtenção da informação divulgada.....	286
5.3.4.1.4	Informações estabilizadas pelo passado (memória social): esquecimento.....	287 288
5.3.5	A proteção processual dos direitos da personalidade.....	288
5.3.5.1	<i>A tutela preventiva provisória.....</i>	290
5.3.5.1.1	Tutela provisória e censura privada.....	295
5.3.5.2	<i>A tutela repressiva e a proteção da esfera privada.....</i>	298
5.3.5.2.1	A reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais: o direito de resposta, a supressão de trechos ofensivos e a retratação pública.....	299 295
5.3.5.2.2	A reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais.....	304
6	CONCLUSÃO.....	307
	REFERÊNCIAS.....	315 332

1 INTRODUÇÃO

Novos olhares se voltam ao horizonte do estudo da informação e dos direitos da personalidade na contemporaneidade. Assiste-se, neste embrionário século XXI, a uma verdadeira revolução tecnológica e informativa que impulsiona mudanças de paradigmas e faz eclodir novos anseios e costumes sociais. Ao mesmo tempo em que cresce a avidez por informar e por ser informado, cresce também a preocupação de se proteger a esfera privada da pessoa humana – privacidade¹ –, resguardando-a de intromissões injustificadas.

Longe das antigas e pouco conhecidas prensas, a informação ganhou papel de destaque com sua democratização a partir da década de 90 com o desenvolvimento dos novos meios de comunicação em geral e, em especial, da *World Wide Web*, que possibilitou o acesso à população à interface comunicativa da *Internet*. Ampliou-se, como nunca antes, a possibilidade de acesso, divulgação e armazenamento de dados e de informações pessoais.

Assim, nesta sociedade contemporânea, o conhecimento da informação tornou-se importante instrumento de dominação e de poder, seja nas relações jurídicas de caráter público, seja nas de direito privado. Mídias favoráveis ou desfavoráveis, veiculadas nos mais diversos meios de comunicação social – peças dramáticas, *sites* ou meros *blogs*, obras literárias, biográficas e não biográficas, autorizadas e não autorizadas, revistas, jornais escritos, sonoros (rádio) ou audiovisuais (televisivos) –, tornaram-se capazes de legitimar governos ou, ao mesmo tempo, incitar golpes políticos.² Da mesma

¹ A expressão privacidade há de ser entendida neste momento como um direito geral de proteção da esfera privada, em que se encontram a vida privada, a intimidade, a honra, a imagem e, tal como será proposto nesta investigação, o esquecimento.

² SCHLEGEL, Rogério. *Mídia, confiança política e mobilização*. 2005. 108 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós Graduação em Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 47-50. Como bem aponta Schlegel, algumas Teorias tratam sobre a influência da mídia em sociedades e governos, cujos efeitos são considerados pendulares. Na primeira metade do século XX, acreditava-se no superpoder da mídia que seria capaz de injetar conteúdo – informações, atitudes e afetos no público –, que as receberiam passivamente sem maiores questionamentos. É dizer, a comunicação de massa era vista com um viés negativo e manipulador. Este pensamento se desenvolveu predominantemente na escola norte-americana e, embora com algumas reflexões distintas, na escola de Frankfurt, teoria esta que ficou conhecida como “agulha hipotérmica”. Na década de 40, a partir de estudos de Lazarsfeld na Universidade de Colúmbia, surgiu a Teoria dos Efeitos Mínimos, a qual, de forma antagônica à Teoria da Agulha Hipotérmica, defendia que a influência da mídia no eleitor era bastante limitada, pois o público, ao receber tais informações, seria capaz de reinterpretá-las através de redes de interação pessoa-pessoa. Na

forma, nas relações entre particulares, a publicação de informações apazíveis ou não sobre o comportamento de uma pessoa é capaz de, em poucos minutos, macular sua honra e imagem, de forma tão severa, a ponto de pôr fim a projetos familiares, profissionais e até mesmo à própria vida da pessoa atingida³.

Sob o manto da liberdade de imprensa ou da manifestação de opinião, proferem-se discursos de ódio que ridicularizam pessoas, culturas e religiões, ameaçam a vida privada e, até mesmo, a paz coletiva. Lado outro, a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento – expressão aqui usada em sentido genérico –, alimenta o regime democrático, protege o particular contra abusos do Estado, fiscaliza a *res pública*, conta, interpreta, constrói a história, a cultura de um povo, não a deixando esquecida pela memória, assim como alimenta o juízo crítico da sociedade, fomentando a evolução social.

Não são poucas as hipóteses que geram profundas discussões sobre a invasão da privacidade entre particulares nos dias atuais: acesso e divulgação de informações da esfera privada de pessoas, públicas ou anônimas, dotadas e não dotadas de interesse público; divulgação pelos meios de comunicação de informações verídicas, mas reinterpretadas e/ou ampliadas subjetivamente, assim como informações inverídicas, contextualizadas e não contextualizadas, atuais ou já esquecidas pela memória social. Não cessam as controvérsias, cujas citações são meramente exemplificativas: controle de correspondências eletrônicas pessoais – *email* –, em locais de trabalho; revistas íntimas em estabelecimentos comerciais ou de trabalho; circulação de dados pessoais no

década de 70, a mídia voltou a ser vista como protagonista na formação da opinião pública em relação ao sistema político, o que usualmente se fazia por meio de dois efeitos específicos: agendamento (*agenda setting*) e enquadramento (*framing*). Afirma-se que pela *agenda setting*, os meios de comunicação não buscam interferir em “como devem pensar as pessoas sobre determinado assunto”, mas inferem sim em “sobre o quê devem as pessoas pensar sobre tal assunto”. Desta forma, ao veicularem informações sobre um determinado assunto em detrimento de outro – fenômeno este, aliás, que recebe, no meio político, o nome de *priming* o qual, em tradução livre, significa priorização, os meios de comunicação são capazes de influenciar a opinião pública e legitimar até mesmo golpes políticos. Pelo *framing*, os meios de comunicação, utilizando-se de técnicas de psicologia cognitiva, apresentam conteúdos ao público, de uma forma tal que direcionam a uma conclusão desejada. Trata-se de estímulos ou caminhos cognitivos que levam a um resultado esperado.

³ Após ter tido fotos íntimas divulgadas na internet, garota de 16 anos cometeu suicídio em Veranópolis, na serra gaúcha. Nesse sentido, conferir: RS: adolescente comete suicídio após ter fotos íntimas divulgadas na web. Terra, Rio de Janeiro, 20 nov. 2013. *Notícias*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/rs-adolescente-comete-suicidio-apos-ter-fotos-intimas-divulgadas-na-web,1b975df8bd472410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

mercado virtual; envio de produtos e propostas de serviços ao consumidor das mais variadas formas sem sua prévia solicitação.

Não obstante a relevância de todas as controvérsias apontadas no parágrafo anterior, não serão todas elas objeto de estudo da presente investigação, que, pela escolha do seu título, já sinaliza o corte temático pela controvérsia atual que recai sobre a licitude da publicação de biografias não autorizadas, dada a substancial celeuma existente quanto à garantia da liberdade de informação – liberdade de acesso à informação, de imprensa, de manifestação de pensamento, da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação –, e a proteção da esfera privada do indivíduo.

No âmbito da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, julgou, em 10/06/2015, a ADI 4815-DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL –, em que conferiu interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais, comumente invocados pela jurisprudência nacional, protegem os direitos da personalidade à vida privada e à intimidade e, por via reflexa, restringem a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, para, até então, exigirem prévio consentimento do biografado ou de seus familiares, na hipótese de obras póstumas, para a publicação de obras do gênero biográfico.

Debateram-se, na ação objetiva de constitucionalidade, o conteúdo e a extensão do exercício do direito constitucional à expressão livre do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação dos biógrafos, editores e entidades públicas e privadas veiculadoras de obras biográficas, ao fundamento da garantia da liberdade de informar e de ser informado, de um lado, e, do outro, do direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos biografados, de seus familiares e de pessoas que, incidentalmente retratadas nas obras, com eles conviveram.

O julgamento paradigma da ADI 4815-DF será objeto de investigação nesta pesquisa, pois, embora aponte o sentido interpretativo que se deve conferir às normas dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a tornar prescindível a autorização prévia do biografado ou de seus familiares como condição para a publicação e comercialização de obras do gênero biográfico, não põe termo à controvérsia, na medida em que, como veremos, apenas

transfere a possibilidade de controle do conteúdo veiculado para um momento posterior à sua publicação, seja através do exercício do direito de resposta, da supressão de trechos ou da reparação civil.

Prova de que a decisão da Suprema Corte não encerrou a controvérsia é a de que já se discute a inconstitucionalidade da Lei 13.188, promulgada em 11 de novembro de 2015, que disciplina o direito de resposta, pois, longe colmatar as lacunas legislativas quanto ao conteúdo da publicação a justificar o direito de resposta, traz regulamentação que restringe o direito à livre comunicação.

Por esta razão, interrogações de relevo ainda permanecem: quais conteúdos publicados em obras biográficas poderão ser suprimidos por ordem judicial após a sua publicação? Quais informações veiculadas justificarão pedidos de retratação pública ou de reparação civil por parte do escritor ou da editora? Como definir o critério do interesse público a autorizar a publicação de determinada informação pessoal em obras biográficas? A decisão do STF impede, em absoluto, a concessão de tutela provisória preventiva, ainda que evidente o abuso da informação? Como evitar que o controle judicial posterior das informações publicadas caia no mesmo problema da censura prévia, particular ou judicial? É proposta desta pesquisa debruçar sobre tais questões, sugerindo critérios objetivos de interpretação que auxiliem o hermenêuta a pacificar tais controvérsias.

Não há como olvidar que a informação ganhou novos contornos na era midiática dos meios de comunicação. Hoje a informação integra uma complexa teia, que aproxima cada vez mais a esfera pública da esfera privada e, por consequência, faz surgir novos conflitos que demandam uma especial investigação da teoria geral do direito.

Os direitos não permanecem inalterados ao longo do tempo; ao revés, estão em constante processo de mutação e de colisão⁴, cuja concretização demanda constante interpretação tanto no momento da construção da norma jurídica quanto no da sua

⁴ A judicialidade ou justiciabilidade, enquanto reconhecimento legal de um direito por um sistema jurídico, passa, invariavelmente, por traços culturais, políticos e econômicos de um local ou de uma época. Os direitos evoluem na medida em que são socialmente reconhecidos e normativamente consagrados pela ordem jurídica vigente sancionadora. O tema será aprofundado no tópico 4.2.3, ao tratamos sobre o reconhecimento jurídico dos direitos da personalidade, inclusive, na perspectiva contemporânea da bioética.

aplicação. E não seria diferente com a liberdade de expressão tampouco com a proteção da privacidade.⁵

Assiste-se, em muitos momentos, pelas circunstâncias sociais de um determinado momento histórico, o pêndulo de proteção de uma liberdade curvar-se mais para um lado e, em outro momento, mais para outro, adequando-se aos anseios sociais. São as chamadas anomalias⁶, nas palavras de Thomas Kuhn, que fazem surgir crises de paradigmas dominantes e a eclosão de paradigmas emergentes. É bem verdade que, na medida em que se alteram os costumes – fatos sociais –, alteram-se ou pelo menos deveriam alterar-se também as normas jurídicas.

Não é nesta mesma velocidade o que bem sucede em sistemas calcados em fontes formais do direito de origem romano-germânico, cuja base é formada genuinamente por regras escritas –, tal qual o sistema brasileiro, eis que, embora as regras também advenham de movimentos culturais, a sua positivação e efetivação demandam tempo razoável. Assim, torna-se premente a necessidade de se investigar as restrições/limites dos direitos fundamentais na perspectiva de normas *prima-facie*, relativas, realizáveis parcialmente⁷, calcadas para, além de um sistema de regras⁸, em um sistema de princípios, maleáveis, de acordo com circunstâncias fáticas e normativas concretas. É o que se propõe quanto às restrições/limites dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à proteção da privacidade.

Nas sociedades ocidentais deste embrionário século XXI, assiste-se a uma fome quase irrepreensível por informação. Política, economia, história, cultura, lazer; nada escapa desta avidez de ser informado e de informar. E para se garantir esse direito difuso à informação indispensável também se proteger as liberdades, em especial de expressão e de manifestação de pensamento longe do controle do Estado ou de particulares, longe de amarras da nefasta censura.

⁵ Sobre historicidade dos direitos, conferir BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

⁶ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

⁷ No avançar desta investigação, os direitos fundamentais serão estudados, à luz da Teoria do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais, como normas *prima-facie*

⁸ No avançar desta investigação, os direitos fundamentais serão estudados, à luz da Teoria do Suporte Fático Restrito e da Teoria Interna das Restrições dos Direitos Fundamentais, como normas definitivas.

Contudo, a democratização do acesso à informação e a pulverização das formas de difusão têm criado uma percepção de que toda e qualquer informação pode ser divulgada e propagada, ainda que afete direito de terceiros e recaia sobre sua intimidade. O direito difuso à informação ganha novos contornos, mas, em alguns momentos, é exercido também de forma abusiva, desrespeitando os seus limites quando em colisão com outras liberdades.

O Brasil vive ainda recente história democrática, cuja inauguração coincidiu com o processo de redemocratização política pela conhecida Nova República, com a eleição do primeiro presidente legitimamente escolhido pelo povo, Tancredo Neves, falecido em 21 de abril de 1985, e, então, sucedido pelo vice-presidente José Sarney. Inserido na ebulição do fenômeno social da redemocratização do país, após dois longos períodos de autoritarismo – de 1930 a 1945 e de 1964 a 1985⁹, as liberdades civis, dentre elas a de expressão, mereceram especial proteção do Estado¹⁰, enquanto importante instrumento de construção da própria cidadania.

No entanto, passados vinte de cinco anos da redemocratização política do Brasil, cresce, em discussões científicas e no senso comum, o paradigma da defesa dos direitos da personalidade, em especial da proteção da esfera privada do cidadão: vida privada, intimidade, honra, imagem e esquecimento. Aumenta-se a percepção de que toda pessoa possui uma esfera privada da sua personalidade que deve ser protegida de intromissões injustificadas do Estado e de particulares e que tal proteção é indispensável para se assegurar ao indivíduo uma vida digna, livre de estigmas e de julgamentos sociais.

A discussão, entretanto, não é tão simples como pode aparentar em uma análise sumária. Não são poucos os fatos enfrentados pela sociedade e, em última análise, pela hermenêutica jurídica, que envolvem colisões entre a liberdade de expressão e de

⁹ A repressão às liberdades políticas pelo regime militar foi marcada por tamanha perseguição que em 1995 o Poder Constituinte Derivado promulgou a Lei 9140 que, em seu artigo 3º, reconhece como presumidamente mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

¹⁰ Conferir julgamento pelo STF da ADPF 130-DF, em que a Corte Suprema, por maioria, reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa – Lei nº 5250/67 –, por violação da proteção constitucional à liberdade de manifestação de pensamento e de informação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*, rel. Min. Ayres Britto, j. 30.4.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

informação e a proteção da esfera privada dos direitos da personalidade: vida privada, intimidade, honra, imagem e, tal como proposto nesta investigação, esquecimento.

Não por outra razão, debate-se atualmente no Brasil importante controvérsia sobre a licitude da publicação de biografias não autorizadas. Aqui chegamos ao ponto central desta investigação que recai sobre a colisão de direitos igualmente caros à sociedade e de igual hierarquia normativo-constitucional.

De um lado, o direito difuso à informação, consubstanciado na liberdade de expressão e de manifestação de pensamento do biógrafo, que, durante anos, vertendo sua força de trabalho, pesquisa fatos históricos, realiza entrevistas, colhe documentos e constrói, sob a sua interpretação, uma obra biográfica – literária, dramática ou audiovisual –, contando a trajetória pessoal de uma pessoa, via de regra pública, contribuindo para a construção da historiografia social e da memória cultural do país.

Lado outro, a proteção da esfera privada opõe-se à divulgação de fatos da vida pessoal de biografados, muitos deles de sua mais elementar intimidade, por violação à sua honra, objetiva e subjetiva, e à sua imagem. Opõe-se também à divulgação de obras biográficas não autorizadas por ausência de participação econômica nos lucros decorrentes da sua comercialização.

O fato é que, nesta atual sociedade da informação¹¹ ou do registro, como já tem sido chamada, marcada pela dinâmica da circulação de dados pessoais, de fatos e notícias, torna-se extremamente tênue a linha que separa a licitude da ilicitude de atos de difusão de informações não autorizadas de pessoas, sejam elas públicas ou privadas.

E assim avançará a pesquisa para enfrentar o seu principal problema, cujo questionamento pode ser deduzido da seguinte forma: a publicação de biografias não autorizadas que contenha fatos, ainda que verídicos, da vida privada e íntima de pessoas, cuja trajetória possa direta ou indiretamente interessar ao público, justifica-se com base no direito à liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e de

¹¹ Nesse sentido, conferir: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

acesso à informação, ainda que esquecidos pela memória social e ainda que lhe provoque constrangimento moral?

Pessoas, cujas trajetórias política, pessoal, profissional ou artística alcançaram dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e de intimidade mais restrita, pelo que informações da sua vida em geral e, em última análise, da sua vida particular, interessam à historiografia social e ao interesse coletivo. Com este pensamento, a grosso modo ora apresentado, os defensores da ampla liberdade de expressão sustentam que a publicação de biografias não autorizadas, literárias, dramáticas e/ou audiovisuais, prescinde da necessidade de autorização prévia do biografado ou de seus familiares, na hipótese de biografia *post mortem* –, assim como não deve sofrer controle de conteúdo pelo Poder Judiciário, seja preventivo através de tutela inibitória de evidência, ou repressivo, através do exercício do direito de resposta, da supressão de trechos ou da reparação civil, sob pena de se convalidar no Brasil a censura privada.

Em sentido contrário, a defesa dos biografados preconiza que a liberdade de informação não é um direito absoluto e que não há prevalência ou hierarquia no ordenamento jurídico entre ela e o direito à vida privada¹². E, ainda, que as trajetórias públicas não tornam as pessoas destituídas de direitos da personalidade, pelo que não se justificam a investigação e a divulgação de informações da vida privada que não sejam de interesse público, mas sim do público, quer-se dizer, de curiosidade coletiva.

Nota-se, portanto, que a publicação de biografias não autorizadas reclama um debate sobre o conteúdo a ser divulgado e sua finalidade, dentre outros aspectos, se a informação é de interesse público¹³, se é verídica, se é atual ou já estabilizada pelo passado – esquecida pela memória social¹⁴ –, e se é contextualizada ou fora de contexto, assim como sobre a forma de acesso a tais informações, se lícita ou ilícita.

¹² BIOGRAFIAS: participantes defendem liberdade de expressão com responsabilidade. *Supremo Tribunal Federal*, Notícias STF, Brasília, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253997>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹³ Interesse público é uma cláusula geral aberta que demanda múltiplas interpretações e sobre a qual os publicistas têm se debruçado criticamente. Nesse sentido, conferir ARAGÃO, Alexandre Santos de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁴ Memória social é um conceito indeterminado e fluído, cuja concreção demanda interpretação de acordo com circunstâncias fáticas e normativas concretas, mas que pode ser definida como o interesse da sociedade de obter uma determinada informação a ponto de justificar a sua ampla divulgação pelos meios

As decisões do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais infraconstitucionais tendem ora a priorizar a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de imprensa¹⁵, ora a proteção dos direitos da personalidade.¹⁶ O que se observa é que não há – como não poderia haver –, respostas previamente construídas para resolver todo e qualquer conflito destes dois direitos igualmente fundamentais.

As controvérsias das biografias não cessam na via jurisdicional. A exercer o seu papel constitucional e frear a atual tendência da judicialização de matérias tipicamente legislativas, o Congresso Nacional discute o Projeto de Lei 393-C de 2011, de iniciativa

de comunicação social. É dizer, um fato estará ainda na memória social quando for de interesse da sociedade o seu conhecimento. Trata-se de conceito fluído, pois é possível que, em uma determinada circunstância, um fato esteja ainda latente na memória social, ao passo que, inserido em outro contexto, fato igual ou muito semelhante não mais esteja no âmbito de interesse da sociedade. Para elucidar a compreensão, pensemos no homicídio praticado por um sujeito A contra o sujeito B. Passados mais de 30 anos da sua ocorrência, tendo a pena sido completamente cumprida pelo condenado, o homicídio, enquanto fato a ser noticiado, já não é mais de interesse da sociedade, pois benefício algum trará tal informação à coletividade. Lado outro, pensemos no homicídio praticado por um sujeito A contra o Presidente da República Federativa do Brasil. Ainda que passados os mesmos 30 anos e ainda que cumprida completamente a pena imposta pelo Estado, o conhecimento deste fato interessará à história do país, permanecendo na memória social da coletividade. Neste último caso, eventual divulgação do fato em meios de comunicação social não poderá ser questionada, ao fundamento do esquecimento - estabilização do passado –, na medida em que tal fato é de interesse historiográfico.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4451-DF*, rel. Min. Ayres Britto. j. 26/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

Na indigitada ADI, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), contesta-se dispositivos da Lei Eleitoral n° 9504/97 que impedem as emissoras de veicular programas que chegam a degradar ou ridicularizar candidatos nos três meses que antecedem as eleições, impedindo, com isso, manifestação de humor nas rádios e nas tvs. Os ministros do Supremo Tribunal Federal referendaram, por maioria de votos a liminar concedida pelo ministro Ayres Brito na ADI 4451-DF que suspendeu o inciso II do artigo 45 da Lei Eleitoral n° 9504/97 e deu interpretação conforme à Constituição ao inciso III do mesmo artigo, para garantir a liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento, da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e de acesso à informação. Vemos que neste julgamento o Tribunal Pleno da Suprema Corte conferiu predileção a liberdade de informação em detrimento à garantia de uma isonomia eleitoral geral e abstrata de candidatos, cuja violação, como assentado na decisão, para não se configurar censura, deve ser aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a quem caberá impor, se necessário, a reparação.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424/RS*, Tribunal Pleno, rel. Moreira Alves. j. 17/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 29 jun. 2015. O Supremo Tribunal Federal manteve condenação de Siegfried Ellwanger por escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica, como incurso no crime de racismo tipificado pelo artigo 20 da Lei 8081/90, inafiançável e imprescritível, nos termos do artigo 5°, XLII, da Constituição Federal. Neste julgamento, como se observa, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento não pode ser exercida de forma absoluta, afetando direitos de terceiros, em especial à dignidade de um povo historicamente perseguido e dizimado pelo holocausto, em manifesta contradição à uma norma constitucional e penal que tipificam aquela conduta como criminosa.

do deputado federal Newton Lima Neto, atualmente em trâmite perante o Senado Federal sob o número 42/2014, que visa alterar art. 20, do Código Civil, autorizar previamente a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade, prevendo, como instrumento de proteção a tutela ressarcitória.

Ao regressar ao conteúdo das informações a serem veiculadas em biografias não autorizadas, ganha posição de relevo a discussão que trata sobre o hodierno e atual direito ao esquecimento. Esta pesquisa buscar investigar o direito ao esquecimento – *right to be forgotten* – como um novo direito da personalidade, dentro da classificação dos direitos à integridade moral¹⁷, perfilhando-a com a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem.

Contudo, mais uma vez, quando conflitado com o direito fundamental à liberdade de informação, o direito ao esquecimento gera assaz controvérsia hermenêutica. Até que ponto este direito, que possibilita ao seu titular superar estigmas do passado decorrentes de condutas ilegais e/ou imorais, limita a liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento? Existe um direito à reconstrução da identidade pessoal?

Casos paradigmas têm sido enfrentados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a retirada de conteúdos da *Internet*¹⁸, em obséquio ao direito ao esquecimento e a proteção da esfera privada, cujos contornos merecem ser debatidos.

E qual seria a hipótese proposta? Esta pesquisa visa a testar a hipótese de que a interpretação dos artigos 17¹⁹, 20 e 21 do Código Civil, para se adequar ao sistema de

¹⁷ Neste particular, partilhamos da classificação dos direitos da personalidade à integridade moral proposta por AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 295.

¹⁸ Em 12 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu decisão no caso Mario Costeja González *versus* Google Spain, em que garantiu ao cidadão o direito de ter dados pessoais, que maculavam a sua imagem e lhe traziam constrangimento moral, apagado da rede mundial de computadores, cujo fenômeno se tem chamado de *right to erasure*. O tema será retomado nesta pesquisa.

¹⁹ Código Civil. Art. 17: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.” Art. 20: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que

valores que a Constituição Federal de 1988 confere à liberdade de informação e à proteção da esfera privada do indivíduo, prescinde de prévio consentimento do biografado, de seus familiares – na hipótese de biografias *post mortem* –, ou de pessoas incidentalmente citadas na obra, o que, contudo, não impede que o Poder Judiciário, mesmo após a decisão do STF proferida na ADI 4815-DF, determine, em medida preventiva provisória, excepcionalmente, ou, em cognição exauriente de mérito, via de regra, a suspensão temporária da obra até que se suprima, justifique ou retifique informação manifestamente tida como ofensiva.

Em outras palavras, havendo oposição quanto ao conteúdo divulgado na obra, será facultado às partes socorrer-se do Poder Judiciário²⁰, nas instâncias cível e criminal, para, a partir de critérios objetivos de interpretação, à luz de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto – as chamadas “precedências condicionadas”²¹ –, tais como informação de interesse público ou privado, personalidade da pessoa retratada, pública ou anônima, função por ela exercida, natureza de suas atividades – função estatal ou de entretenimento privado –, fato verídico, atual, contextualizado, intenção do biógrafo – informativa ou difamatória –, boa-fé ou má-fé na divulgação da informação – dever de cautela de apurar a veracidade da fonte –, obtenção da informação por fonte lícita ou ilícita, sempre calcadas na proporcionalidade e na razoabilidade, tutelar, via de regra, *a posteriori*, por meio de tutelas reparatórias, de modo a reprimir e reparar abusos praticados por biógrafos ou editoras contra a esfera privada do indivíduo, e, excepcionalmente, diante de um juízo de evidência manifesto, por meio da tutela preventiva inibitória a autorizar, não a suspensão da obra, mas a supressão de trecho considerado ilícito.

A linha tênue que separa a censura do controle pelo Poder Judiciário do conteúdo de informações veiculadas em obras biográficas reclama um debate sobre o tema, o que decerto não se encerrou com o julgamento, em 10/06/2015, da ADI 4815/DF pelo

couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

²⁰ Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, XXXV, da C.F/88, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ Expressão utilizada por Robert Alexy para direcionar a posição do intérprete ao aplicar a lei de colisão e resolver o colisão de direitos fundamentais. O tema será retomado no avançar da pesquisa, mas para aprofundamento, conferir ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

Supremo Tribunal Federal, a despeito de sua assaz importância como paradigma interpretativo. Para tanto, necessário se faz traçar um panorama sobre o desenvolvimento do trabalho.

1.1 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

A presente pesquisa parte do estudo dos direitos fundamentais e seus limites, pois nenhum direito, por mais elementar e caro à sociedade que o seja, pode ser exercido de forma absoluta. Assim, no capítulo 2, a pesquisa enfrenta as teorias das restrições dos direitos fundamentais, analisando-as a partir da Teoria do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais – enquanto normas *prima-facie* –, calcadas em um sistema genuinamente principiológico, e a partir da Teoria do Suporte Fático Restrito e da Teoria Interna dos Direitos Fundamentais –, enquanto normas de realização definitiva, calcadas em um sistema de normas-regras.

A ideia é, a partir da construção teórica das restrições dos direitos fundamentais, compreender se existe um núcleo intangível, quer-se dizer, um núcleo duro, essencial, mínimo, que protege o direito à liberdade de expressão em qualquer circunstância fática e normativa. Nesse mesmo sentido, busca-se pesquisar se existe um mínimo existencial de proteção da esfera privada – “limite imanente” –, cuja barreira é intransponível quando em colisão com outros direitos. Haveria um núcleo mínimo da dignidade humana que, em qualquer circunstância, protegeria a esfera privada da personalidade e impediria a difusão de informações pessoais do biografado? Propõe-se investigar o âmbito de proteção das normas jurídicas de direitos fundamentais para compreender se, de fato, existem restrições a direitos fundamentais e, em última análise, colisões, ou, lado outro, se, na verdade, não existem restrições nem colisões, mas antes “limites imanentes”.

Ainda no capítulo 02, são apresentadas, adequando-se à linha de pesquisa do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito – *Área de Concentração, Relações Sociais e Novos Direitos*, mais especificamente na linha *Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade, Subárea de Direito Civil, Efeitos da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas (Drittwirkung)*, é feita uma investigação sobre o fenômeno da Constitucionalização do Direito e os limites estabelecidos pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*), e seus principais modelos teóricos: ineficácia horizontal ou *state action*; eficácia indireta ou mediata; eficácia direta dos direitos fundamentais.

Dada a sua relevância, enfrenta-se a técnica do sopesamento como instrumento de solução de colisão de direitos fundamentais, analisando a contribuição dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pelo ineditismo à época, junho de 1973, do julgamento paradigma da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, faz-se também uma incursão no julgamento paradigma do caso *Lebach*.

No capítulo 03, a pesquisa enfrenta um dos seus objetos centrais: a colisão da liberdade de informação com a esfera privada. Debruça-se sobre os contornos da liberdade de informação, sob o tríplice viés do direito de informar, de se informar e de ser informado, e sua natureza transindividual. E, dado ao fato de que as liberdades individuais são concretamente exercidas através de estruturas nas quais a comunicação e a informação têm, cada vez mais, um papel relevante²², investiga-se o que se entende por comunicação: conceito e objetivos, para, a partir daí, ingressar na análise das suas fontes normativas no Direito externo²³ e interno²⁴. Em seguida, passa-se ao estudo, em específico, das liberdades de manifestação de pensamento e de opinião, da liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, da liberdade de informação jornalística ou de imprensa, do direito de sátira e do discurso do ódio (*hate speech*), referindo-nos sempre a relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre os temas.

O capítulo 04 avança e enfrenta outro ponto fundamental da investigação que recai sobre os direitos da personalidade. Aqui, torna-se imperioso discorrer sobre a evolução histórica dos direitos da personalidade, compreendendo os direitos personalíssimos na perspectiva dos direitos fundamentais. E, além disso, sua natureza jurídica, seu objeto, sua origem, enquanto fruto do direito jusnatural ou do direito positivo, para, então, investigar a tutela dos direitos da personalidade a partir de um direito geral da personalidade, de uma cláusula geral, ou de direitos específicos fechados e limitados por regras do direito positivo. Existe um rol exaustivo de direitos da personalidade? Esta é uma interrogação cuja resposta reclama o estudo das Teorias Monista e Pluralista e, para

²² DONEDA, 2006, p. 156.

²³ Tratados, Convenções, Declarações e outras fontes normativas de Direito Internacional.

²⁴ No Direito Interno, investiga-se o regramento constitucional das Constituições brasileiras desde a Carta Imperial de 1824 à Constituição Cidadã de 1988.

fins didáticos²⁵, das posições doutrinárias sobre classificações dos direitos da personalidade.

Ainda no capítulo 04, a investigação passa a tratar dos principais contornos do direito à privacidade, sob as perspectivas clássica, como o direito de estar a só, de ser deixado a só, e moderna, como instrumento positivo de controle quanto ao acesso e à circulação de informações e dados pessoais necessários à tutela da igualdade e da liberdade de escolha, para, fixadas estas premissas, ingressar no debate sobre a tutela justa da vida privada, da intimidade, da honra, objetiva e subjetiva, e da imagem.

Por se encontrar dentro da Teoria Geral dos Direitos da Personalidade e sendo um desdobramento da própria privacidade, a pesquisa se ocupa em debater o direito ao esquecimento como um novo direito da personalidade, abordando sua origem, seus fundamentos e a sua relação com a era digital. Neste contexto, em que esquecimento e a *Internet* nervosamente se relacionam, tornam-se objetos de estudo o caso paradigma *Mario Costeja González x Google Spain* e os precedentes judiciais no Brasil sobre a matéria. E, sob o enfoque do direito positivo interno, o direito ao esquecimento é estudado à luz do direito penal e do direito civil, neste particular, dando especial atenção aos tratamentos conferidos pelo Código de Defesa do Consumidor ao prazo de inscrição negativa e pela jurisprudência nacional aos casos de alteração de nome e sexo registral de transexuais.

Fixadas estas premissas teórica e empírica, ingressamos no capítulo 05 campo das biografias, para conhecer este gênero literário, para tanto, investigando, a princípio, a historiografia dos gêneros biográfico e autobiográfico, e suas principais vertentes, antiga e moderna, trazendo o desafio entre a verdade e o poder de criação do autor sempre em cotejo com a proteção da integridade moral dos biografados, abordando, ainda, as contribuições do gênero para a construção da memória e da cultura social. Neste particular, são trazidos o debate sobre a ausência de consentimento das obras biográfica, os paradigmas interpretativos dos artigos 17, 20 e 21 do Código Civil, sua repercussão

²⁵ Referimo-nos à classificação dos direitos da personalidade apenas para fins didáticos, pois, como será possível constatar ao longo da obra, defendemos a existência de um direito geral da personalidade que tem por fundamento a proteção direta do valor dignidade humana sob diferentes aspectos - físico, psíquico, moral e espiritual -, de modo que as classificações, antes de denotarem um juízo de exclusão entre os direitos específicos, representa um juízo de complementariedade, pois, em alguns momentos, os direitos acabam por se fundir, dada a proximidade dos bens jurídicos tutelados.

social e a posição sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo do julgamento da ADI nº 4815-DF em 10/06/2015.

A seguir, a pesquisa se debruça sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4815-DF, seu procedimento, posições adotadas, voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia e julgamento pela Corte, observando os seus efeitos para a solução da controvérsia. Sob outro enfoque, aborda o problema das biografias não autorizada na perspectiva legislativa, sob as lentes dos projetos de lei nº 393-C/2011 (Câmara dos Deputados) e 42/2014 (Senado Federal).

A pesquisa passa, então, a tratar da controvérsia que ainda persiste mesmo após o julgamento ADI nº 4815-DF, em 10/06/2015, pelo STF, dada a possibilidade que remanesce de se requerer, em obséquio ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o controle posterior do conteúdo de obras biográficas pelo Estado-Juiz. A pesquisa apresenta sua proposta de “precedências condicionadas” que nortearão o hermeneuta, quando da formação de seu juízo de ponderação racional, em face de pedidos de supressão de trechos ofensivos, de direito de resposta, de reparação civil por dano à pessoa (dano moral) ou de reparação patrimonial pela exploração indevida da imagem.

Dentre as “precedências condicionadas” a serem aferidas para se concluir pela legalidade ou ilegalidade da publicação a ponto de legitimar o controle judicial, encontram-se: a personalidade da pessoa retratada, devendo-se aferir, como será aprofundado, se se trata de pessoa pública ou anônima, e, se pública, se se trata de pessoa do ramo de entretenimento privado ou de agente público, aferindo-se, ainda, se se trata de agente público político, que ocupa altos cargos dos Poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário, ou agentes públicos não políticos, servidores públicos comuns, que se equiparam a pessoas anônimas. Este primeiro critério quanto à personalidade, como se verá, produz efeitos sobre conclusões quanto à veracidade da informação²⁶, à sua contextualização, e quanto à existência de interesse público na informação. Demais, como precedências condicionadas propostas, estão a licitude ou

²⁶ Em se tratando de agente público político, a veracidade da informação é mitigada, reclamando-se, para que a informação seja lícita, que tenha havido cautela mínima na sua verificação, não se exigindo que a informação seja inconsteste.

ilicitude do meio de obtenção da informação divulgada, a estabilização pelo passado da informação (esquecimento) e a sua finalidade comercial.

Ao final, o estudo aborda a proteção processual da tutela dos direitos da personalidade. A tutela preventiva e seus efeitos são investigados para que se possa compreender se se trata ou não de censura privada, assim como a tutela repressiva é estudada sob a perspectiva da tutela não pecuniária de danos extrapatrimoniais – direito de resposta e retratação pública –, sob as lentes da Lei 13.188/2015, e sob a perspectiva da tutela pecuniária.

Apresentado, então, o desenvolvimento do trabalho, conheçamos o método da pesquisa.

1.2 MÉTODO

Entende-se que, para uma melhor conclusão dissertativa, torna-se adequado mesclar alguns métodos específicos das ciências sociais, propondo-se, desde já, uma liberdade metodológica. Nesse sentido, Paul Feyerabend propõe um anarquismo metodológico e teórico para a construção e a evolução do conhecimento científico, pois entende que nenhum conhecimento ou paradigma deve ser tido como imutável, de modo que todos eles devem ser postos à prova e, em alguns casos, superados. Os cientistas devem seguir um modelo teórico anárquico, afastando-se de regras ou premissas pré-estabelecidas, sempre questionando as ideias propostas, para ratificá-las ou superá-las²⁷.

Parte-se, a princípio, do método da falseabilidade, para que, após chegar a uma conclusão sobre a hipótese apresentada, possa-se testá-la, no sentido de verificar, de fato, o resultado obtido, falseando-o, se for o caso. A falseabilidade torna-se necessária, pois, de outro modo, estar-se-ia a apenas reproduzir conhecimento, estagnando o pensamento científico²⁸.

²⁷ FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução: Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

²⁸ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

O presente trabalho se valerá também do método da desconstrução²⁹ de Jaques Derrida, visando a decompor os pensamentos sobre a colisão de direitos fundamentais para compreender os sentidos das normas jurídicas *prima-facie* e, ao final, repropor a manutenção no ordenamento jurídico de normas em choque.

Sem embargo, o método histórico far-se-á importante, na medida em que as decisões econômicas, políticas, as relações sociais, jurídicas, os costumes e as instituições, todas elas, possuem uma evolução histórica, cujo estudo mostra-se indispensável para que se possa progredir e evitar erros no passado cometidos.

Para Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos³⁰, o método histórico consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual pelo contexto cultural particular de cada época.

O estudo das restrições dos direitos fundamentais, da extensão das liberdades e da proteção da personalidade demanda do presente trabalho o uso do método comparativo de pesquisa, permitindo avaliar grupos ou sociedades, em iguais ou diferentes estágios de desenvolvimento, a partir de um dado concreto, deduzindo desta premissa os elementos constantes, abstratos ou gerais³¹.

Demais disso, a abordagem concernente às obras literárias do gênero biográfico – sua ligação subjetiva entre o autor, o leitor e o texto –, exigirá o uso do método funcionalista de pesquisa, cuja análise parte da função de cada indivíduo ou órgão na complexa estrutura da sociedade.

Na lição de Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos:

O método funcionalista considera, de um lado, a sociedade como uma estrutura complexa de grupos ou indivíduos, reunidos numa trama de ações e reações sociais; de outro, como um sistema de instituições correlacionadas entre si, agindo e reagindo umas em relação às outras. Qualquer que seja o enfoque, fica claro que o conceito de sociedade é visto como um todo em

²⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução: Leila P. Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰ MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 89.

³¹ MARCONI; LAKATO, loc. cit.

funcionamento, um sistema em operação. E o papel das partes nesse todo é compreendido como *funções* no complexo de estrutura e organização.

Sem alijar a pesquisa exploratória, abordar-se-á, também, a pesquisa explicativa, ocupando-se sempre em explicar o porquê dos fenômenos abordados. Para Antônio Carlos Gil, a pesquisa explicativa tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos, de sorte que pode ser considerado o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, dado que explica a razão, o porquê das coisas.³²

Quanto aos procedimentos de pesquisa a serem adotados, destaca-se, com proeminência, a documentação indireta como principal técnica de pesquisa. A pesquisa documental será viabilizada por meio de fontes diversas em arquivos públicos ou particulares, tais como publicações parlamentares e documentos jurídicos. A pesquisa bibliográfica – sem dúvida principal fonte de pesquisa –, variará desde a imprensa escrita (jornais e revistas), meios audiovisuais (palestras, julgamentos, rádio, filme, televisão), até chegar às publicações doutrinárias (livros, teses, monografias e publicações avulsas).

Acredita-se que os métodos científicos adotados e tipos de pesquisa escolhidos se adequam ao tema, ao problema, às hipóteses e aos objetivos que se buscam alcançar, estando em sintonia com a proposta de “liberdade metodológica” a que se propõe.

³² GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES

Assiste-se, na atualidade, a sociedades vivazes, cada vez mais abertas, complexas e multifacetárias, caracterizadas pela crescente dinâmica das relações sociais. Assim, ao mesmo tempo em que se discute como garantir a efetividade de direitos, preocupa-se também em fixar os seus limites e solucionar as suas incessantes colisões.

Liberdade de expressão *versus* proteção da vida privada; liberdade de manifestação popular *versus* segurança pública e direito de ir e vir; inviolabilidade domiciliar *versus* investigação criminal; liberdade de consciência e de crença *versus* intervenção biomédica sem consentimento; disposição do próprio corpo – doação de órgãos, autolesão, transgenitalização, experimentação científica – *versus* proteção estatal. Eis apenas alguns *hard cases*³³, em que os direitos fundamentais igualmente caros à sociedade se colidem e merecem ser limitados. Como assinalado, o corte temático desta investigação recai sobre a limitação/restrrição³⁴ da liberdade de expressão e da proteção dos direitos da personalidade à esfera privada³⁵, o que decerto nos permite debruçar sobre as teorias dos limites dos direitos fundamentais.

Que direitos têm restrições e que podem ser restringidos parece uma ideia natural. A Constituição Federal de 1988 prevê inúmeras hipóteses de restrição de direitos pelo próprio constituinte originário ou pelo exercício do poder de reforma.³⁶ O problema

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Dworkin refere-se à expressão *hard cases* para se referir a casos complexos e controversos, cuja solução não é encontrada com a aplicação de uma regra, mas que exigem uma justificação mais elaborada, a partir de princípios, da política e de outros tipos de padrões interpretativos.

³⁴ Como será possível verificar ao longo deste trabalho, a expressão limitação não é sinônimo de restrição. A limitação associa-se à ideia defendida pela Teoria do Suporte Fático Restrito e pela Teoria Interna das Restrições de Direitos Fundamentais, no sentido de que os direitos fundamentais não são passíveis de restrição, mais sim de limitação. Isto é, os direitos possuem um alcance, uma extensão, denominada “limite imanente”, de modo que, uma vez ultrapassado este limite, não há falar em restrição, mas ausência de proteção do âmbito normativo. Lado outro, a expressão restrição associa-se à ideia defendida pela Teoria do Suporte Fático Amplo e pela Teoria Externa, segundo a qual os direitos fundamentais são assegurados *prima facie*, logo é possível que dois direitos igualmente fundamentais estejam sob o âmbito de proteção de normas constitucionais, havendo aí um colisão de direitos. E, diante da colisão, um direito será restringido em favor de outro através da máxima da proporcionalidade e do sopesamento.

³⁵ Vida privada, intimidade, imagem, honra e, tal como proposto nesta investigação, esquecimento.

³⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII: é assegurada, nos termos

reside, segundo Alexy, na definição dos possíveis conteúdos, na extensão dessas restrições e na distinção entre restrições, regulamentações, configurações e concretizações.³⁷ Focaremos, neste estudo, até pela sua dimensão, no debate sobre as teorias que debatem a extensão das restrições dos direitos fundamentais.³⁸ É o que passamos ora a analisar.

2.1 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que possamos compreender se, de fato, existem³⁹ restrições a direitos fundamentais e, se houver⁴⁰, qual a sua extensão, torna-se necessário indagar o que são e sobre o que recaem estas restrições. Assim, tem-se que restrições são normas – princípios ou regras

da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; IX : é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XI: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XVI: todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII: é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; Artigo 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 276.

³⁸ Sobre a distinção doutrinária entre restrições, regulamentações, configurações e concretizações, conferir o capítulo 6 da obra de ALEXY, loc. cit.

³⁹ A Teoria do Suporte Fático Restrito e a Teoria Interna negam a existência de restrições a direitos fundamentais. Para elas, o que há, a rigor, é um limite do âmbito de proteção, isto é, um alcance limitado da norma. A partir de determinado ponto, aquele direito fundamental cessa e outro se inicia.

⁴⁰ A Teoria do Suporte Fático Amplo e a Teoria Externa trabalham com a ideia de que todo direito fundamental é uma posição *prima facie* que poderá ser limitado diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto. Assim, é possível que um direito fundamental colida com outro, de modo que um deles sofra restrição de acordo com a dimensão de peso dos bens jurídicos envolvidos, cuja solução será sempre norteadada pela máxima da proporcionalidade e pela técnica do sopesamento.

–, compatíveis com a Constituição, que estabelecem limites sobre bens de direitos fundamentais *prima facie*⁴¹ (liberdades/situações/posições de direito ordinário).⁴²

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Quer-se dizer, em qualquer situação, as restrições a direitos fundamentais devem vir previstas ou autorizadas pela Constituição. No primeiro caso, trata-se de restrições diretamente constitucionais e, no segundo, restrições indiretamente constitucionais.⁴³

Segundo Alexy, as restrições diretamente constitucionais ocorrem através de cláusulas restritivas. Para se compreender melhor o que se entende por cláusula restritiva, tomemos por base a norma contida no artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual é “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A vedação ao anonimato é uma cláusula restritiva escrita que gera uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo.⁴⁴

As restrições indiretamente constitucionais, por sua vez, ocorrem através de cláusulas de reserva explícitas que podem ser simples ou qualificadas. As cláusulas de reserva simples são normas constitucionais que contemplam a possibilidade de uma lei infraconstitucional limitar determinada liberdade, não apresentando, contudo, a extensão deste limite. É a hipótese do direito geral de liberdade restringido pelo artigo 5º, I, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou da liberdade de exercício de profissão assegurada pelo artigo 5º, XII, também da CF/88: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Nota-se que, em ambos os casos, embora o texto constitucional tenha possibilitado o legislador infraconstitucional trazer limitações ao exercícios destas liberdades, não especificou a sua extensão.

⁴¹ O estudo da estrutura das normas enquanto um conjunto de normas preliminares – *prima facie* –, ou de posições definitivas, totalmente realizáveis, associado à temática da colisão e da restrição de direitos, será aprofundado nos tópicos 2.1.1 e 2.1.2 deste trabalho, respectivamente.

⁴² ALEXY, 2014, p. 281.

⁴³ *Ibid.*, p. 281-286.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 218-234.

As cláusulas de reserva qualificada, por outro lado, como bem esclarece Alexy, são aquelas em que a própria norma constitucional traz uma limitação ao conteúdo da restrição. Trata-se, a exemplo, da hipótese prevista no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, que prevê: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Neste caso, a norma constitucional previu expressamente a possibilidade de uma lei infraconstitucional limitar a garantia ao sigilo de correspondências, contudo esta limitação deve respeitar outro limite: o de atender à investigação criminal ou à instrução processual.

O grande problema que surge quanto às reservas refere-se à sua delimitação, isto é, até que ponto pode o legislador impor restrições ao exercício de uma liberdade constitucional? Essa competência para impor restrições é limitada ou ilimitada? Existe um núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais que não poderá ser, em nenhuma hipótese, restringido? Ou existe apenas um núcleo essencial relativo que, a depender de circunstâncias fáticas concretas e diante do peso dos bens envolvidos, poderá ser restringido e até mesmo aniquilado em face de outro direito?

Para Alexy, estas restrições aos direitos fundamentais são limitadas e decorrem da própria norma constitucional, através de reservas qualificadas⁴⁵, pela barreira do conteúdo essencial – para aqueles que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto⁴⁶ –, pela máxima da proporcionalidade e pelo dever de sopesamento.⁴⁷

A doutrina tem identificado diversos tipos possíveis de limites aos direitos fundamentais. Canotilho chamou de sistemática de limites, de modo que a competência para limitar não significa o poder de destruir o direito fundamental. Classifica as restrições em três tipos: (a) os limites ou restrições constitucionalmente imediatos; (b)

⁴⁵ Como visto, reserva qualificada ocorre quando a própria norma constitucional prevê a extensão do limite a ser trazido por lei infraconstitucional. É o caso do sigilo de correspondências que poderá ser relativizado, nas hipóteses previstas em lei, desde que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988).

⁴⁶ A teoria do núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais será aprofundada ainda neste capítulo.

⁴⁷ALEXY, 2014, p. 292.

os limites ou restrições estabelecidos por lei; (c) os limites imanentes ou limites constitucionais não escritos.⁴⁸

José Afonso da Silva, já na década de 60, apresentou uma classificação tripartite das normas constitucionais diretamente ligada à ideia da eficácia e das restrições dos direitos fundamentais. Para ele, as normas se classificariam em: a) normas de eficácia plena – não restringíveis; b) normas de eficácia contida ou contível – restringíveis; c) normas de eficácia limitada – demandam regulamentação para possuir efetividade. Dentro das normas de eficácia limitada, estão as normas programáticas – que declaram princípios ético-sociais –, e as normas de legislação – que tratam da organização do Estado.⁴⁹

Embora a classificação de José Afonso da Silva tenha vigorado durante muito tempo entre os constitucionalistas e a prática jurisprudencial, sua teoria não está infensa de críticas, em especial quando analisada à luz das restrições dos direitos fundamentais. As normas de eficácia plena, segundo o autor, não sofreriam limitações infraconstitucionais, o que as diferenciariam das normas de eficácia contida; estas sim restringíveis.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.1196.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 84. Para José Afonso, normas de eficácia plena seriam aquelas aptas a produzir todos os efeitos pretendidos, independentemente da existência de qualquer outro dispositivo legal regulamentador. Essas normas, uma vez inseridas no ordenamento, já se encontrariam capazes de gerar a eficácia à que se destinam, porquanto o legislador atribuiu-lhes normatividade suficiente para isso, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As normas de eficácia plena, para o constitucionalista, asseguram direitos individuais e coletivos que, não obstante sejam relativos, não podem sofrer restrições incompatíveis por espécies normativas infraconstitucionais, de sorte que eventuais restrições a estes comandos, quando possíveis, deveriam ocorrer apenas por alteração do próprio Texto Maior.

As normas de eficácia contida ou contível também produziram ou poderiam produzir todos os efeitos queridos, contudo, o legislador contemplou a possibilidade destes comandos constitucionais sofrerem limitações por meio de leis infraconstitucionais. Pela importância do fato econômico, preferiu o legislador tutelar imediatamente o direito, contudo, outorgou à política legislativa o poder de regulamentar o seu exercício. Para José Afonso, estas normas preveem meios ou conceitos que permitiriam manter a sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.

As normas de eficácia limitada, por sua vez, são consideradas não bastantes em si, pois a produção de todos os seus efeitos está subordinada à sua normatização por outros dispositivos. Conforme apontado acima, estas normas produzem efeitos, contudo, enquanto não houver regulamentação da matéria, seus efeitos são reduzidos. A efetivação plena destes direitos depende, portanto, da tarefa legislativa subsequente.

Não é factível, contudo, aceitar que exista alguma norma insuscetível de restrição, pois, se assim o fizesse, se aceitaria a ideia da existência de direitos absolutos.⁵⁰ A própria noção de núcleo essencial de direitos fundamentais é relativa – teoria relativa do conteúdo essencial⁵¹, de modo que, em algumas circunstâncias concretas, pode ser restringido ou até mesmo aniquilado. As normas de eficácia plena são *prima facie*, logo sua realização não é total, mas parcial, que varia de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto. O âmbito de proteção da norma é sempre o mesmo, contudo a realização definitiva de determinada liberdade variará de acordo com os bens jurídicos envolvidos no caso concreto.⁵²

As regras ou os princípios sofrem, portanto, restrições, ainda que possuam aplicação imediata, isto é, ainda que não precisem de regulamentação legal para serem aplicados – normas de eficácia plena. O artigo 5º, inciso VIII, da CF/88, dispõe que “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”⁵³

Não são poucas as decisões judiciais, a exemplo, que reconhecem o dever jurídico do médico de realizar intervenção necessária a salvaguarda do direito à vida, tal qual

⁵⁰ A teoria do alcance material de Friedrich Muller se baseia no suporte fático restrito dos direitos fundamentais e defende que os direitos não são passíveis de restrição, o que não significa dizer, no entanto, que sejam absolutos ou ilimitados. O que existe é um âmbito de proteção restrito da norma, isto é, a ausência de proteção, de incidência, sobre determinada liberdade. Nesse sentido, conferir MULLER, Friedrich *apud* ALEXY, 2014, p. 309-315.

⁵¹ Ainda neste capítulo, no tópico 2.1.3.2, aprofundaremos a pesquisa sobre Teoria Relativa do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

⁵² Esta pesquisa caminha em paralelo à ideia de que os direitos fundamentais são direitos e deveres *prima facie*, realizáveis apenas parcialmente, calcados em um sistema de princípios, que, embora estejam no âmbito de proteção da norma – suporte fático amplo –, podem ser restringidos ou até mesmo aniquilados, a depender de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, a partir do sopesamento e da máxima da proporcionalidade: necessidade, adequação e necessidade em sentido estrito. Entendemos que esta construção teórica das restrições dos direitos fundamentais se adequa ao novo modelo constitucionalizado do Direito. Não que o paradigma pós-positivista, calcado em normas *prima-facie* e em um sistema de princípios, tenha simplesmente derrocado o direito positivo, substanciado predominantemente em um sistema de normas definitivas – regras –, nem tampouco que tenha havido uma simples cumulação entre elas. Houve, em especial a partir da segunda metade do século XX, na Europa continental, e, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 88, uma desconstrução de bases teóricas, métodos e aplicações do velho paradigma, mas também um diálogo entre as duas formas de conhecimento científico: o sistema de regras e o de princípios. Kuhn destaca que a transição de um paradigma em crise para outro está longe de ser um simples processo cumulativo de articulação do velho paradigma. Ao revés, trata-se de uma reconstrução da área de estudo a partir de novos princípios, da reconstrução de bases teóricas, de métodos e de aplicação do paradigma em crise. Sobre anomalias, crises e superação de paradigmas, conferir KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 116.

⁵³ BRASIL, Constituição (1988).

transusão de sangue, ainda que sem consentimento do paciente, em detrimento à sua autonomia privada.⁵⁴ Neste caso, a proteção à liberdade religiosa é apenas *prima facie*, de modo que, diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, pode o direito sofrer restrições. Veja, então, que, não obstante seja o art. 5º, VIII⁵⁵, da Constituição Federal, uma norma de eficácia plena, poderá ela sofrer restrições, assim como o fazem as normas de eficácia contida.

Nesse sentido, perfilhando a crítica apresentada por Virgílio Afonso da Silva de que, se tudo é restringível, torna-se difícil diferenciar as normas de eficácia plena das normas de eficácia contida ou contível, pois ambas são restringíveis e regulamentáveis. Demais, se tudo é regulamentável, isto é, depende de regulamentação para produzir todos os efeitos, perde sentido também distinções que dependam da aceitação ou rejeição de regulamentação a direito, logo não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.⁵⁶

No tocante à liberdade de expressão, bem esclarece Sarlet quanto à sua possibilidade de limitação quando em colisão com proteção de direitos e bens jurídicos fundamentais. Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa, (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Contudo, a controvérsia a respeito de quais são tais limites e de como e em que medida se pode intervir na liberdade de expressão segue intensa e representa um dos maiores desafios, especialmente para o legislador,

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 155 RS 2003.71.02.000155-6*, rel. Vânia Hack de Almeida, j. 24/10/2006, Terceira Turma. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155>>. Acesso em: 13 ago. 2015. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70020868162*, rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22/08/2007, Quinta Câmara Cível. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>>. Acesso em: 13 ago. 2015. BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *Mandado de Segurança nº 8881 MS 2004.008881-7*, rel. Des. Josué de Oliveira, j. 04/04/2005, 1ª Seção Cível. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3977478/mandado-de-seguranca-ms-8881>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁵⁵ Artigo 5º, VIII, da CF/88: Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 246-247.

mas também para os órgãos do Poder Judiciário, a quem compete, no caso concreto e mesmo na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, decidir a respeito.⁵⁷

Ainda no que se refere à liberdade de informação em sentido amplo, a norma constitucional trouxe expressamente, no seu artigo 220⁵⁸, as cláusulas restritivas ao seu exercício, ao vedar o anonimato (parte final do inciso IV, artigo 5º); ao garantir o direito resposta (artigo 5º, V); ao garantir o direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X); ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); ao garantir o direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional.

O legislador infraconstitucional ampliou as cláusulas restritivas acima ao contemplar, no artigo 20, do Código Civil, que, além do anonimato, também seria possível obstar a liberdade de expressão sempre que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, salvo se por ela autorizadas ou se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

A questão aqui trazida ao debate é justamente a de verificar se a restrição à liberdade de expressão trazida pela norma infraconstitucional encontra-se em consonância com as limitações autorizadas pela Constituição. Esta análise, no entanto, demanda muito mais do que a utilização de critérios de solução de antinomias⁵⁹ – cronológico, hierárquico e

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 466-467.

⁵⁸ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º: 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, IV, V, X, XIII e XIV.

⁵⁹ Bobbio, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 245-250. Bobbio define antinomia como “aquela situação em que são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite ao mesmo comportamento.” A antinomias das normas jurídicas liga-se a ideia de unidade e completude do sistema jurídico, pelo que afirma “Se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, isso significa que os principais problemas vinculados à existência de um ordenamento são os problemas que nascem das relações das diversas normas entre si.” “[...] trata-se de saber se essas normas constituem uma unidade, e em que modo a constituem. [...] trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além de

da especialidade –, pois, neste caso, longe de haver antinomias de regras, há a colisão de princípios tutelados que demanda uma análise de ponderação e de proporcionalidade.

Dito isto, é possível constatar que, nesta pesquisa, perfilhamos do entendimento sustentado pelo Suporte Fático Amplo e pela Teoria Externa dos direitos fundamentais em detrimento à Teoria do Suporte Fático Restrito e à Teoria Interna, pois, quando a norma constitucional tutela direitos fundamentais igualmente caros à sociedade, tal como ocorre com a liberdade de expressão e a proteção da esfera privada do indivíduo, ou como ocorre com a proteção à liberdade de religião e de crença, não é possível afirmar, aprioristicamente, quais condutas estão ou não atingidas sob os feixes de proteção da norma constitucional pelo mero exercício positivista de subsunção do fato à norma, porquanto a regra jurídica não é capaz de abstratamente prever todas as situações fáticas possíveis de ocorrer no mundo da vida.

Mas antes de expor uma análise crítica às Teorias do Suporte Fático Amplo e do Suporte Fático Restrito, assim como às Teorias Externa e Interna, necessário se fazer compreendê-las, o que passa invariavelmente pelo estudo da própria estrutura das normas jurídicas enquanto normas-princípios – direitos, deveres e posições *prima-facie*⁶⁰ –, e normas-regras – direitos, deveres e posições definitivas. Somente assim será possível construir uma forma não única, mas plural⁶¹ de equacionar a colisão de direitos fundamentais.

uma unidade, também um sistema. O problema fundamental que se discute a esse respeito é o das *antinomias jurídicas*. [...] Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático também pretende ser *completo*.”

⁶⁰ ALEXY, 2014, p. 104. “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro as possibilidades jurídicas e fática existentes. Nesse sentido, os princípios não **contêm** um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”. “[...]. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.

⁶¹ Entendemos que conhecimento não está condicionado a um único método. Ao revés, o conhecimento somente é alcançado mediante uma pluralidade metodológica que, por sua vez, advém da transgressão metodológica. Nesse sentido, perfilhamos a ideia de anarquismo metodológico e teórico para a construção e a evolução do conhecimento científico, pois nenhum conhecimento ou paradigma deve ser tido como imutável, de modo que todos eles devem ser postos à prova e, em alguns casos, superados. Os cientistas devem seguir um modelo teórico anárquico, afastando-se de regras ou premissas pré-estabelecidas, sempre questionando as ideias propostas, para ratificá-las ou superá-las. Sobre anarquismo metodológico e o modelo de transgressão de métodos, conferir FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução: Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

2.1.1 O suporte fático amplo: direitos e deveres prima-facie

Antes de entrarmos na discussão da Teoria do Suporte Fático Amplo, em si, que, aliás, contrapõe-se à Teoria do Suporte Fático Restrito⁶², necessário compreender o que se entende apenas por suporte fático.

O suporte fático é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo objeto de investigação do direito penal e do direito tributário que, comumente, costumam a ele se referir como tipo, fato gerador ou hipótese de incidência.⁶³ Uma primeira distinção de relevo refere-se ao suporte fático abstrato e ao suporte fático concreto. Suporte fático abstrato são fatos ou atos do mundo descritos por determinada norma para cuja realização se prevê determinada consequência jurídica, é dizer, preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica.⁶⁴ O suporte fático concreto, por outro lado, refere-se à ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.⁶⁵

Para a compreensão das restrições aos direitos fundamentais, interessa o suporte fático abstrato, ou seja, “o conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência.”⁶⁶

O suporte fático é a previsão normativa composta pelo âmbito de proteção do direito fundamental – por aquilo que se busca proteger –, e pela intervenção estatal – aquilo contra o qual o direito fundamental é protegido.⁶⁷ Afirma-se, pois, que todo suporte fático de um direito fundamental possui um âmbito de proteção. Âmbito de proteção, portanto, significa a extensão dos bens protegidos por determinada norma abstrata. A intervenção estatal, por sua vez, é a restrição do âmbito de proteção da norma.⁶⁸

⁶² Sobre Suporte Fático Amplo e Suporte Fático Restrito das restrições dos direitos fundamentais, conferir capítulo 06 da obra ALEXY, 2014, p. 276-332; SILVA, 2014, p. 65-123.

⁶³ SILVA, 2014, p. 66.

⁶⁴ MIRANDA *apud* SILVA, 2014, p. 67.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁶ SILVA, 2014, p. 71. Nesse sentido, conferir também ALEXY, 2014, p. 68.

⁶⁷ SILVA, 2014, p. 71. Nesse sentido, conferir também ALEXY, 2014, p. 71.

⁶⁸ SILVA, 2014, p. 72.

Pela Teoria do Suporte Fático Amplo, objeto deste tópico, os direitos fundamentais são protegidos enquanto direitos e deveres *prima facie*⁶⁹, calcados em um sistema aberto de normas-princípios. Todo direito fundamental, a princípio, está protegido pelo âmbito de proteção da norma que o contempla, contudo poderá ser limitado diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto.

É possível que dois direitos fundamentais estejam sob os feixes de proteção de uma determinada norma jurídica, isto é, ambos estão sob o âmbito de proteção do Direito, o que gera entre eles uma colisão. Desta forma, por estarem ambos os direitos protegidos e por não haver um “limite imanente” abstrato que afaste aquela proteção aprioristicamente, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e normativas em que se encontram para concluir qual deles deve prevalecer.

Neste caso, a restrição a um dos direitos fundamentais será realizada a partir de uma dimensão de peso⁷⁰ dos bens jurídicos envolvidos sempre norteadas pela máxima da proporcionalidade⁷¹ e pela técnica do sopesamento. Para Virgílio Afonso da Silva, definir o que é protegido pelo suporte fático abstrato é apenas um começo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva ou não.⁷²

Para compreender melhor a Teoria do Suporte Fático Amplo, tomemos o exemplo citado alhures sobre a proteção da liberdade religiosa, de um lado, e, de outro, à intervenção biomédica sem consentimento para a salvaguarda do direito à vida, em detrimento à autonomia privada. Na hipótese de uma pessoa maior de 18 anos, em pleno estado de consciência, sob o livre exercício de seus direitos civis, negar-se a se submeter

⁶⁹ O modelo de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos *prima facie* é defendido por autores como Robert Alexy, Martin Borowsky, Ingo Wolfgang Sarlet e Miguel Carbonell. Nesse sentido, conferir as obras: ALEXY, 2014; CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales em México*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 827-828; BOROWSKY, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003. p. 148-186. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

⁷⁰ Sobre a dimensão de peso de direitos colidentes, conferir DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷¹ O princípio da proporcionalidade será objeto de aprofundamento no tópico 2.2.2.1, pelo que por ora cingimo-nos a citá-lo.

⁷² SILVA, 2014, p. 109.

a um tratamento médico indispensável à sua vida por motivo de crença religiosa, a equipe médica não poderá obrigá-lo a realizar o referido tratamento. O paciente assinará um termo de compromisso aceitando as consequências jurídicas do seu ato. Neste caso, será dada a prevalência à autonomia privada e à garantia à liberdade de crença religiosa.

Em uma segunda situação hipotética, uma pessoa maior de 18 anos, em estado de inconsciência, chega ao nosocômio necessitando de tratamento médico indispensável à salvaguarda de sua vida. Os seus familiares, contudo, opõem-se à intervenção por motivos de convicção religiosa. Neste caso, a equipe médica, diante do estado de inconsciência do paciente, mesmo sem a autorização dos familiares, deverá atuar para salvaguardar a vida, conferindo um maior peso à proteção da vida em detrimento à liberdade religiosa.

Em um terceira situação hipotética, uma pessoa menor de idade, em estado de consciência, chega também ao hospital necessitando de tratamento médico indispensável à salvaguarda de sua vida. Neste caso, tanto a própria pessoa quanto os seus familiares opõem-se à intervenção por motivos religiosos. Em se tratando de menor de idade, não titular de capacidade de fato ou de exercício de seus direitos civis e, mesmo neste caso sendo representado ou assistido pelos seus representantes legais, deverá a equipe médica proceder à intervenção necessária à proteção da vida que, neste caso particular, ao ser sopesado, merecerá maior peso que a liberdade religiosa. O juízo de ponderação racional é feito como base em “precedências condicionadas” que, presentes, conferem maior peso à vida em detrimento à liberdade religiosa. Neste caso, são “precedências condicionadas” a favor do bem jurídico vida a incapacidade civil do paciente que, por possuir menos de 18 anos de idade, presume-se não deter capacidade de se autodeterminar, assim como de conhecer a extensão dos efeitos da sua decisão, bem como a irreparabilidade do bem jurídico vida, que, violado, não mais se restabelece, em cotejo com a reparabilidade da crença que, violada, permite o seu restabelecimento.

Tomemos também hipóteses que envolvem a liberdade de expressão e a proteção da esfera privada. Em uma primeira situação, um determinado veículo de comunicação social publica matéria jornalística que aponta uma pessoa, a princípio, anônima, que não

ocupa nenhum cargo público⁷³, como suspeita da prática de crime de homicídio, com base em documentos, testemunhos e outros indícios de prova obtidos em procedimento criminal – inquérito policial ou na própria ação penal. Aqui, vale abrir parênteses para destacar que, embora não se possa afirmar que a matéria noticiada seja uma verdade absoluta – até mesmo porque não há sentença penal condenatória transitada em julgado –, é possível afirmar que há uma verossimilhança – uma verdade razoável⁷⁴ –, entre os fatos e a acusação. Neste caso, ainda que a matéria afete a honra e a imagem do investigado, em se tratando de informação dotada de interesse público – administração da justiça –, não há falar em abuso do poder-dever de informar, prevalecendo o direito à liberdade de informação jornalística em detrimento da proteção da esfera privada.

Para finalizar as hipóteses fáticas – embora haja diversas outras que não estão previstas no texto normativo –, logo não excluídas do âmbito de proteção da norma, pensemos na situação em que um veículo de comunicação social, escrito ou audiovisual, resolve publicar uma matéria que trate sobre os hábitos domésticos de uma determinada pessoa pública e, para tanto, vasculha o seu lixo, colhe depoimentos de ex-empregados, obtém acesso a correspondências pessoais e a dados retirados de seu domicílio ou de seu escritório profissional. As informações divulgadas são verdadeiras, mas os meios empregados para obtê-las ilícitos. Neste caso, é possível afirmar que houve a violação à esfera privada da personalidade da pessoa retratada na matéria, de sorte que sua divulgação se torna ilícita. Há aqui maior peso de proteção da esfera privada em detrimento à liberdade de informação jornalística.

Vemos que, em todas as situações relatadas, houve resultados distintos que variaram de acordo com as circunstâncias fáticas do caso. A norma constitucional que protege a vida

⁷³ No avançar da pesquisa, veremos que a personalidade da pessoa – pública ou anônima –, assim como a sua profissão são critérios fáticos que norteiam a restrição das liberdades de expressão e da proteção à esfera privada e direcionam o sopesamento de bens jurídicos, aproximando a esfera pública da privada. A personalidade e a função da pessoa são capazes de transformar, de forma dinâmica, uma informação *a priori* de interesse privado em informação de interesse público.

⁷⁴ SOARES, Ricardo Maurício. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 190. Ricardo Maurício, ao tratar da teoria do pensamento jurídico, notadamente dos novos paradigmas do pós-positivismo refere-se à verdade como algo relativo que varia de acordo com a comunidade, na qual estamos inseridos: “A aproximação entre o sujeito e o objeto é uma tendência presente em todas as modalidades de conhecimento científico. O trabalho do cientista, como o de qualquer ser humano, é condicionado pela história e pela cultura. A verdade brota de uma comunidade específica. Assim, o que quer que aceitemos como verdade, e até mesmo o modo como a vemos, depende da comunidade da qual participamos. Esse relativismo se estende para além de nossas percepções da verdade e atinge sua essência: não existe verdade absoluta e universal. A verdade é sempre fruto de uma interpretação.”

e, em última análise, a autonomia privada, e a norma que protege a liberdade de crença religiosa continuaram a mesma. O mesmo ocorreu com as normas constitucionais que protegem a esfera privada e a liberdade de expressão: elas não foram alteradas, mas geraram resultados distintos.

Todas elas são liberdades protegidas⁷⁵ pelas normas constitucionais – artigos 5º, II e VI, e artigo 5º IV e V, todos da CF/88. As normas não previram, abstratamente em seu texto legal, as situações de fato que levariam às consequências “a” ou “b”. Todas as liberdades estavam protegidas *a priori*, pelo âmbito de proteção da norma, que sobre as condutas irradiavam os seus feixes de luz. Contudo, ao se alterarem as condições de fato, os feixes de uma “liberdade protegida” se tornaram mais fortes que os feixes da outra.

O resultado ou a consequência jurídica decorreu, não de uma ausência de proteção da norma, tal como propõem a Teoria do Suporte Fático Restrito e a Teoria Interna, pois como visto, o texto abstrato da norma não variou – sequer trouxe cláusulas restritivas. As consequências jurídicas variaram, pois o âmbito de proteção da norma ocorre apenas *prima facie*, isto é, de forma parcial, e não integral, tal como ocorre com as normas-regras. Neste caso, é possível afirmar que as normas que tutelam direitos fundamentais são normas-princípios tuteláveis sempre *prima facie*.

É isto o que defende a Teoria do Suporte Fático Amplo e a Teoria Externa dos direitos fundamentais. A Teoria do Suporte Fático Amplo caminha intimamente ligada ao sistema de normas-princípios, realizáveis apenas *a priori*, ao passo que a Teoria do Suporte Fático Restrito refere-se sobremaneira ao sistema de normas-regras.

Por esta razão, Alexy propõe investigar o suporte fático amplo a partir da estrutura das normas de direitos fundamentais – regras e princípios, pois ambos podem ser formuladas por meio de expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. Para ele, a distinção entre normas-regras e normas-princípios é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção não pode haver

⁷⁵ A expressão liberdade protegida e não protegida é utilizada por Robert Alexy. Para melhor compreensão conferir ALEXY, 2014, p. 226-234.

nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico⁷⁶

Por esta razão, defende Alexy que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, portanto “*mandamentos de otimização*” que se caracterizam pela possibilidade de serem 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.⁷⁷

Assim, na hipótese de colisão de princípios, em que um princípio autoriza algo e outro o proíbe, um deles terá que ceder naquele caso concreto, o que, contudo, não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, de sorte que aqueles com o maior peso têm precedência. Afirma Alexy, portanto, que as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.⁷⁸

A solução para a colisão entre normas-princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios com base nas circunstâncias do caso concreto. Dito em outras palavras, o “estabelecimento de relações de precedências condicionadas”, também chamada de “Teoria das Relações de Precedências Condicionadas” consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, de modo que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁷⁹ Significa que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização de outro. Esse conceito de relações de “precedências condicionadas” é de assaz importância para a compreensão da Teoria do

⁷⁶ ALEXY, 2014, p.85-88. O primeiro critério de distinção entre regras e princípios é a da generalidade. Os princípios possuem um alto grau de generalidade, ao passo que o grau de generalidade dos princípios é relativamente baixo. O conceito de generalidade está inserido no conceito de universalidade. O segundo critério para diferenciá-los seria “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento - normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito, ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

⁷⁷ Ibid., p. 90. Sobre a dimensão de peso de direitos colidentes, conferir DWORKIN, 2002.

⁷⁸ ALEXY, 2014, p. 93-94.

⁷⁹ Ibid., p. 96.

Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa e, em última análise, para a harmonização de colisões de direitos fundamentais.

Para elucidar a questão, Alexy cita caso julgado pela Corte Constitucional alemã, em que se discutiu a necessidade de participação em audiência de um acusado que, devido à tensão deste tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. De um lado, há o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e, do outro, o dever de manter incólume, na maior medida possível, a integridade física do acusado. A tensão ou colisão “não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres”, pois nenhum deles goza de prioridade abstrata. O conflito deve ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesse envolvidos”. Alexy chama esta proposta de “lei da colisão” que reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, estabelecendo em primeiro lugar a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.⁸⁰ A lei de colisão busca aferir às “condições de precedência” que conferem a um determinado direito fundamental maior peso quando em colisão com outro direito também fundamental.

Perfilhamos, nesta investigação, do pensamento de Alexy quanto à natureza principiológica das liberdades públicas⁸¹, enquanto normas de proteção *prima facie*, pelo que entendemos que todo direito fundamental, leia-se, toda conduta, sempre estará *a priori* sob o âmbito de proteção da norma de direito interno ou externo que a assegura, o que ora chamamos de feixes de incidência da norma. A força dos feixes de incidência de cada direito fundamental, no entanto, variará de acordo com as suas “condições de precedência”, podendo ser maior ou menor: dimensão de peso. Estas “condições de precedência” – situações de fato do caso concreto –, conferirão maior peso aos feixes de incidência e, em última análise, a determinado direito fundamental, e menor peso a outro, restringindo-o.

⁸⁰ ALEXY, 2014, p. 99.

⁸¹ Não olvidamos para o fato de que a doutrina e o direito positivo interno e externo costumam nomear os direitos fundamentais de diversas formas, tais como liberdades públicas, liberdades fundamentais, liberdades individuais, direitos constitucionais, direitos naturais, direitos humanos, direitos civis, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos subjetivos, dentre tantos outros. Assim, utilizaremos, nesta investigação, tais nomenclaturas como sinônimos de direitos fundamentais.

Sob estas mesmas premissas da Teoria do Suporte Fático Amplo, calcadas em normas *prima facie*, encontra-se também a Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais⁸², cujos fundamentos passamos ora a analisar.

2.1.1.1 Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais

A Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais sugere a existência de duas coisas distintas: o direito e sua restrição. Se esta relação existe – direito e restrição –, em que há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a sua restrição – o direito restringido –, está-se diante da Teoria Externa. Não existe, segundo a Teoria Externa, nenhuma relação necessária entre direito e restrição, pois essa relação só é criada a partir de exigências externas ao direito em si “de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.”⁸³

A partir desta teorização, podemos afirmar que, para a Teoria Externa, qualquer direito por mais fundamental que o seja, pode, em alguma circunstância concreta ser afastado, na sua integralidade, inclusive. Não há, neste caso, falar em núcleo essencial absoluto – núcleo duro ou intangível do direito, mas antes de núcleo essencial relativo⁸⁴.

A Teoria Externa das Restrições dos Direitos Fundamentais caminha umbilicalmente ligada à concepção de normas de direitos fundamentais enquanto princípios, ou seja, direitos, deveres ou posições realizáveis apenas parcialmente – *prima facie* –, pelo âmbito de proteção da norma. Segundo afirma Alexy, “se se parte de um modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma.”⁸⁵

O que se quer dizer é que quando um princípio protege um bem jurídico distinto do de outro princípio, o primeiro bem jurídico não deixa de continuar sendo protegido. Quando se toma, a exemplo, a livre manifestação de pensamento e a liberdade de

⁸² Sobre Suporte Fático Amplo e Suporte Fático Restrito das restrições dos direitos fundamentais, conferir capítulo 06 da obra ALEXY, 2014, p. 276-332; SILVA, 2014, p. 65-123.

⁸³ ALEXY, 2014, p. 277.

⁸⁴ As teorias que tratam sobre núcleo essencial de direitos fundamentais – teoria do núcleo essencial absoluto e relativo –, serão abordadas no tópico 2.1.3 desta pesquisa.

⁸⁵ ALEXY, op. cit., p. 280.

informação jornalística, asseguradas pelos artigos 5º, IX, e 220 da Constituição Federal de 1988 e a proteção da esfera privada garantida pelo artigo 5º, V e X, também da Constituição Federal, não há falar que o bem jurídico liberdade de expressão deixou de ser protegido pelo âmbito de proteção da norma quando se iniciou a proteção da esfera privada do indivíduo. Não! Para a Teoria Externa, ambos os bens jurídicos são protegidos concomitantemente pelo âmbito de proteção abstrato da norma. É possível, no entanto, que, em um caso concreto específico, sob determinadas “condições de precedência”, um direito fundamental seja restringido. O direito concretizado será, portanto, um direito restringido⁸⁶.

Desta forma, expressões como sopesamento, proporcionalidade, ponderação, abuso de direito, restrições, referem-se à Teoria do Suporte Fático Amplo, a qual, lado outro, não se adequa às ideias de “limites imanentes”, “núcleo essencial absoluto” e “mínimo existencial” de direitos fundamentais, as quais como a seguir veremos ligam-se à Teoria do Suporte Fático Restrito e às normas enquanto regras jurídicas: direitos e deveres definitivos.

2.1.2 O suporte fático restrito: direitos e deveres definitivos

A Teoria do Suporte Fático Restrito contrapõe-se à Teoria do Suporte Fático Amplo, logo, aqui, partindo-se da estrutura normativa proposta por Alexy – normas-princípios e normas-regras⁸⁷ –, os direitos fundamentais são tidos como direitos e deveres definitivos, calcados em um sistema fechado de normas-regras. Assim, preenchida a circunstância fática prevista abstratamente na norma, aplica-se uma consequência jurídica. Para a Teoria do Suporte Fático Restrito, o direito fundamental somente estará protegido pelo âmbito de proteção da norma quando atender à previsão de fato abstratamente cominado e, cumulativamente, não atender à cláusula de restrição eventualmente existente.⁸⁸

⁸⁶ Embora aparentemente a palavra “restringido” tenha aparecido em duplicidade no mesmo parágrafo, de forma aparentemente redundante, a sua manutenção foi intencional. Preferimos manter sempre a expressão “restrição” quando tratamos do suporte fático amplo por uma questão de coerência com os seus fundamentos, deixando a expressão “limitação” quando tratamos da teoria do suporte fático restrito.

⁸⁷ Sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, conferir capítulo 03 da obra ALEXY, 2014, p. 85-176.

⁸⁸ Alexy apresenta o seguinte esquema para traduzir o âmbito de proteção da norma que torna a conduta permitida. (1) suporte fático (+), restrição (+): não permitida. (2) suporte fático (+), restrição (-):

A Teoria do Suporte Fático Restrito sofre, como se vê, assaz influência do positivismo jurídico⁸⁹, pois se fundamenta, em sua essência, no atendimento à regra abstratamente prevista na norma para concluir pelo âmbito de proteção do bem jurídico. Para o suporte fático restrito, não há falar em restrição ao direito fundamental, mas sim em não incidência ou não proteção da norma. Trata-se da fórmula típica de subsunção normativa, através da qual se identificava no positivismo a premissa maior – norma jurídica –, a premissa menor – fatos –, e, posteriormente, construía-se um juízo conclusivo, através do raciocínio formal e lógico-dedutivo. A proteção do direito fundamental – âmbito de proteção da norma –, está condicionada, para o suporte fático restrito, à uma operação quase matemática de adequação da norma jurídica ao caso concreto.

Para a Teoria do Suporte Fático Restrito, preenchida uma situação de fato prevista na norma abstrata, a consequência jurídica será sempre a mesma, pois se pressupõem que regras são normas sempre satisfeitas – realizáveis –, ou não satisfeitas – não realizáveis –, na sua integralidade. Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, isto é, deverão ser totalmente realizadas caso haja a subsunção do fato à norma em abstrato.⁹⁰

Assim, para a Teoria do Suporte Fático Restrito, não é possível que dois direitos fundamentais tenham âmbitos de proteção concomitantes. É dizer, o âmbito de proteção de um direito somente se iniciará quando o âmbito de outro direito cessar, pelo que não há falar em colisão de direitos fundamentais tampouco de restrição de um direito por outro.

permitida. (3) suporte fático (-), restrição (+): não permitida. (4) suporte fático (-), restrição (-): não permitida. ALEXY, 2014, p. 308.

⁸⁹ Karl Engisch esclarece os efeitos do positivismo jurídico sobre a interpretação do direito, ao dizer: “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do iluminismo. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação da pena pelo juiz (sistema das “peines fixes” no Code Pénal de 1791) e outras coisas semelhantes.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 250.

⁹⁰ SILVA, 2014, p. 45.

Desta forma, defende a Teoria do Suporte Fático Restrito que, na hipótese de haver a incidência de dois âmbitos de proteção da norma concomitantes, isto é, caso haja a incidência conjunta de feixes de incidência da norma sobre uma determinada conduta, estar-se-á diante de um conflito de regras jurídicas que somente poderá ser solucionado caso seja introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se, pelo menos, uma das regras for declarada inválida.

A exemplo, Alexy cita a regra relativa à proibição da saída da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de sair da sala se o alarme de incêndio soar. Neste caso, este conflito deve ser solucionado mediante a inclusão de uma cláusula de exceção na primeira regra que passaria a ser a seguinte: “É proibida a saída da sala de aula antes que o sinal toque, salvo se o alarme de incêndio soar.”⁹¹ Se este tipo de solução não for possível, uma regra terá que ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico. Quanto às regras de solução da invalidade, aplica-se as regras da *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Diferentemente do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável:

Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.⁹²

Como se vê, para a Teoria do Suporte Fático Restrito, não há falar em restrição aos direitos fundamentais⁹³, mas sim em não incidência da norma protetiva: liberdade não protegida⁹⁴. Pressupõem-se, portanto, como fundamentos da Teoria do Suporte Fático Restrito, as ideias de validade da norma, de âmbito de proteção, de derrogação (derrogação parcial da norma) ou ab-rogação (derrogação total da norma), na hipótese de conflito, e de realização definitiva de direitos fundamentais.

⁹¹ ALEXY, 2014, p. 92.

⁹² Ibid., p. 91-92. Ao fazer uma distinção entre regras e princípios, afirmam Alexy que as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. “Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”

⁹³ SILVA, 2014, p. 81.

⁹⁴ A expressão liberdade protegida e não protegida é utilizada por Robert Alexy. Para melhor compreensão conferir ALEXY, 2014, p. 226-234.

Para a Teoria do Suporte Fático Restrito, a liberdade de expressão e a proteção da esfera privada, assim com a liberdade de crença religiosa e a proteção à autonomia privada (direito geral de liberdade) – exemplos de colisão trazidos no tópico 2.1.1, são garantidas por normas-regras.

Para solucionar os conflitos apresentados nos exemplos trazidos, a saber, tratamento médico sem consentimento prévio do paciente e publicação de matérias jornalísticas que violem a honra, a imagem e a privacidade do retratado, tomando por base as Teorias do Suporte Fático Restrito e Interna das Restrições de Direitos Fundamentais, será necessário que a própria norma contemple as situações concretas que abrangem e excluem o âmbito dos direitos fundamentais envolvidos. Deve a norma, portanto, trazer as consequências jurídicas caso a pessoa seja maior ou menor de 18 anos; esteja ou não em pleno estado de consciência e sob o livre exercício de seus direitos civis; a manifestação de vontade advenha da própria pessoa ou de familiares⁹⁵; a personalidade da pessoa retratada em matéria jornalística seja pública ou anônima (privada); seja a informação de interesse público ou privado⁹⁶, haja veracidade ou verossimilhança da informação divulgada; haja dever razoável de cuidado na apuração da veracidade da informação; sejam as fontes de obtenção da informação lícitas ou ilícitas.

Não há como negar a relevância, para um sistema jurídico, das regras, que, como visto, fixam posições definitivas para a solução de controvérsias, tal como propõe a Teoria do Suporte Fático Restrito. No entanto, estas soluções cingem-se a resolver os casos fáceis, em que resta claro que uma determinada conduta não se encontra no âmbito de proteção de um direito fundamental. Trata-se de uma zona de certeza positiva da ausência de proteção da norma. Nestes casos, o intérprete se utiliza de método hermenêutico característico do positivismo jurídico – lógico-dedutivo, que não reclama maior

⁹⁵ As situações fáticas referidas, acaso estivessem previstas no texto abstrato da norma, confeririam, para a Teoria do Suporte Fático Restrito, o âmbito de proteção apenas à liberdade de crença religiosa, não atingindo a proteção à vida.

⁹⁶ Nesta investigação, como se verá, defendemos que o interesse público das informações é dinâmico e não estático, de modo que a mesma informação ora pode ser de interesse público, a depender de circunstâncias fáticas concretas, tal como a personalidade notória do retratado, ora pode não ter interesse público, referindo-se exclusivamente à vida privada e íntima do retratado, caso seja referente à personalidade de uma pessoa anônima, por exemplo. Brigas familiares, doenças diagnosticadas ou gostos exóticos, embora sejam informações, a princípio, da esfera privada e íntima da pessoa – não dotadas de interesse público –, em se tratando de pessoas públicas, cuja trajetória interessa à coletividade, tornam-se informações de interesse público.

divagação interpretativa, senão a subsunção normativa e a reprodução de paradigmas outrora dominantes do conhecimento científico.

Contudo, a Teoria do Suporte Fático Restrito não se revela suficiente para enfrentar casos difíceis – *hard cases* – de colisão de direitos, em que não é possível constatar *a priori* qual direito fundamental estaria sob âmbito de proteção da norma, pelo simples fato de que ambos os direitos estão sob o âmbito de proteção, é dizer, sobre ambos incidem os feixes de incidência da norma. Trata-se de uma zona de penumbra quanto ao peso que se deve dar a cada direito.

Nestes casos, muito mais além do que a mera subsunção normativa, a solução de colisão de direitos concomitantemente protegidos por normas *prima facie* de direitos fundamentais demanda métodos contemporâneos de interpretação, calcados em um sistema aberto de normas principiológicas, norteadas por cláusulas gerais⁹⁷ e conceitos indeterminados que possibilitem o intérprete sopesar bens jurídicos protegidos a partir de critérios como a proporcionalidade, sob o seu tríplice viés: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esta interpretação jurídica, sem embargo, passa, invariavelmente, como aqui defendido, pela tolerância discursiva⁹⁸ e pela pluralidade metodológica proposta por Boaventura de Souza Santos, assim como pela liberdade metodológica proposta por Feyerabend⁹⁹.

⁹⁷ O Código Civil de 2002 adotou uma predileção por cláusulas gerais, abertas, que permitem o intérprete colmatar lacunas e concretizar o suporte fático abstrato de acordo com circunstâncias do caso concreto. A título de exemplo, citemos: fim econômico e social do artigo 187; ordem pública e bons costumes do artigo 122; moral e bons costumes do artigo 1.638, III; boa fé do artigo 113.

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 16. ed. Porto: Afrontamento, 2010. p. 79-89. Dentro do contexto do paradigma emergente do conhecimento, a interdisciplinariedade entre as ciências da natureza e as mais diversas ciências sociais (sociologia, filosofia, antropologia, ciência política, história e jurídica) ocupou o palco das principais discussões do conhecimento, o que Boaventura de Souza Santos chamou de tolerância discursiva. Para ele, a tolerância discursiva é o outro lado da pluralidade metodológica e se revela, a exemplo, na mistura da arte com a literatura ou da ciência política com a história: “A ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional: só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no cotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido a nossa vida. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum que considerou superficial, ilusório e falso. A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo.”

⁹⁹ FEYERABEND, 1977. Feyerabend propõe um anarquismo metodológico e teórico para a construção e a evolução do conhecimento científico, pois entende que nenhum conhecimento ou paradigma deve ser tido como imutável, de modo que todos eles devem ser postos à prova e, em alguns casos, superados. Os cientistas devem seguir um modelo teórico anárquico, afastando-se de regras ou premissas pré-estabelecidas, sempre questionando as ideias propostas, para ratificá-las ou superá-las.

Para compreender melhor a teoria do suporte fático restrito, analisemos uma das suas principais vertentes: a teoria interna das restrições dos direitos fundamentais.

2.1.2.1 Teoria Interna das Restrições de Direitos Fundamentais

A Teoria Interna das Restrições dos Direitos Fundamentais caminha em paralelo ao Suporte Fático Restrito, pelo que, para ela, não há falar em restrição aos direitos fundamentais¹⁰⁰, mas sim em não incidência da norma protetiva. Virgílio Afonso da Silva afirma que a característica principal da Teoria Interna, que pressupõe um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental, é a não-garantia a algumas ações, que poderiam ser, em abstrato, subsumidas ao âmbito de proteção dessas normas. Isto é, há uma “exclusão, *a priori*, de alguma ação, estado ou posição jurídica de âmbito de proteção de alguns direitos”.¹⁰¹

Para a Teoria Interna, não há falar em duas coisas distintas: o direito e sua restrição –, mas apenas em uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite, pelo que afirma Alexy: “Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições iminentes””.¹⁰²

Virgílio Afonso da Silva, citando Martin Borowski, afirma que, de acordo com a Teoria Interna, “existe apenas um objeto, o direito com seus limites”, pelo que a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.¹⁰³

A Teoria Interna defende que todo direito fundamental possui um limite do âmbito de proteção, isto é, um alcance limitado da norma. A partir de determinado ponto, a proteção de um determinado direito fundamental cessa e outra se inicia. José Carlos Vieira Andrade, para exprimir esta ideia de ausência de âmbito de proteção da norma pela teoria restritiva, traz os seguintes questionamentos: “[...] terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria?” E acrescenta, “Ou invocar a

¹⁰⁰ SILVA, 2014, p. 81.

¹⁰¹ Ibid., p. 80.

¹⁰² ALEXY, 2014, p. 277-278.

¹⁰³ SILVA, op. cit. p. 128.

liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte?”¹⁰⁴

O autor responde às perguntas ao afirmar que, nestes e em tantos outros casos, não se está propriamente em uma situação de conflito entre direito invocado e outros direitos ou valores, pois o próprio preceito constitucional não protege essas formas de exercício do direito fundamental. A própria Constituição, ao enunciar os direitos, exclui da sua respectiva esfera normativa essas situações.¹⁰⁵

Friedrich Muller também defende a Teoria Interna das Restrições dos Direitos Fundamentais, através da sua Teoria do Alcance Material, pelo que afirma que a definição dos limites das garantias materiais dos direitos fundamentais é feita não por meio de anexos não-escritos, mas por meio de conteúdo normativo exposto, isto é, da extensão material normativa do âmbito normativo formulado. Assim, “A questão dogmática primária não [*deve ser*] de forma alguma a maneira pela qual um direito fundamental pode ser restringido, mas sim o quão extenso é o seu conteúdo de validade, a ser desenvolvido a partir da análise do âmbito da norma [...]”¹⁰⁶

Muller, para ratificar a Teoria do Alcance Material, cita casos, tais como a de um artista que pretende pintar uma obra de arte em um cruzamento viário movimentado como exercício da sua liberdade de manifestação artística¹⁰⁷, a de um músico que, à noite, na rua ou em um apartamento com paredes finas, improvisa suas composições para trombone ou, ainda, a de uma pregação religiosa também em um cruzamento viário movimentado, enquanto exercício da liberdade de crença. Em todos estes casos, o autor defende que as condutas invocadas não pertencem ao âmbito normativo do art. 5º, §3º, 1 da Constituição alemã¹⁰⁸, pelo que não é um direito tutelado pelo sistema, logo não há falar em restrição.

¹⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Almeida Coimbra, 2004. p. 294.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 294-295.

¹⁰⁶ MULLER, Friedrich *apud* ALEXY, 2014, p. 310-311.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 314-315. Uma lei que proíba o pintar em um cruzamento viário não estreita qualquer forma de ação específica protegida pelo direito fundamental. “A lei se dirige contra uma ação inserida nos arredores da liberdade artística [...], mas que não pertence a seu âmbito normativo”.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 311.

Ao não admitir restrições a direitos fundamentais, a Teoria Interna busca fundamentar a limitação destes direitos “a partir de dentro”, de forma a excluir a necessidade de restrições externas e evitar críticas de que sua teoria defende a existência de direitos absolutos. Surge, então, a partir desta premissa, a ideia dos “limites imanentes”. Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, a diferença entre os “limites imanentes” e as “restrições a direitos fundamentais” decorrentes da colisão é traduzida pelo binômio declarar/constituir, pois, enquanto nos casos de colisões, se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes, a interpretação constitucional apenas declara limites previamente existentes.¹⁰⁹

Ana Paula de Barcellos define “limites imanentes” como limites lógicos, imanentes, que cada direito possui, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, em última análise, da própria norma que o prevê, pelo que afirma: “Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior”.¹¹⁰

Vale registrar o sentido conferido por Canotilho à expressão “limites imanentes”. O autor português, ao fazer sua construção teórica, afirma que “limites imanentes” são o resultado de ponderação de princípios ético-jurídicos constitucionais que conduzem ao afastamento, em um caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, estava no âmbito prospectivo de um direito, uma liberdade ou uma garantia.¹¹¹ Veja que, para o autor, “limites imanentes” seriam o resultado da interpretação *in concreto*, isto é, o direito restringido após o sopesamento. Nesta investigação, não utilizaremos o sentido dado por Canotilho aos “limites imanentes”, pois, como é possível constatar a partir do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa das Restrições, eles – “limites imanentes” –, não decorrem do sopesamento – direito restringido –, mas do próprio âmbito abstrato de proteção da norma ou, como aqui defendemos, dos feixes de incidência do suporte fático abstrato.

A partir das premissas teóricas, em especial do Suporte Fático Restrito e da Teoria Interna das Restrições dos Direitos Fundamentais, é possível afirmar que “limites imanentes” referem-se à extensão do âmbito de proteção da norma, ao seu alcance, cuja

¹⁰⁹ SILVA, 2014, p. 132.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005. p. 59.

¹¹¹ CANOTILHO 1998, p. 1.148.

constatação deve ser extraída do próprio texto normativo – suporte fático abstrato –, em especial das cláusulas restritivas existentes. A ideia de “limites imanentes” não se adequa à Teoria das Restrições de Direitos Fundamentais proposta nesta investigação, que, como visto, se alinha ao marco teórico proposto por Alexy, no sentido de que os direitos fundamentais são protegidos enquanto normas *prima facie*¹¹², passíveis de restrições posteriores pelo processo de interpretação e construção da norma, a partir de circunstâncias fáticas e normativas concretas, sempre norteado por “condições de precedência”, pela máxima da proporcionalidade e pela dimensão de peso dos bens envolvidos – ponderação ou sopesamento. Por esta razão, ousamos divergir do posicionamento de Canotilho, no sentido de que “limites imanentes” seriam resultado final do direito restringido, embora compreendamos que o autor conjuga do entendimento da Teoria do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa, de que os direitos fundamentais são sim passíveis de restrição *in concreto*.

Dito isto, constata-se que “limites imanentes” não se adequam à ideia de normas *prima facie*, de natureza principiológica, enquanto mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível a depender de circunstâncias fáticas e normativas concretas, pelo que não se conjuga com a ideia de restrições, tampouco de sopesamento, proporcionalidade, ponderação ou abuso de direito. “Limites imanentes”, lado outro, por advirem de fatores externos, abstratos, isto é, da própria subsunção do fato à norma, permite se associar à ideia da existência de um “núcleo essencial absoluto ou duro” e do “mínimo existencial” de direitos fundamentais, os quais ora passamos a investigar.

2.1.3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é tema de grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência interna e externa. A constituição alemã – primeira a conter um dispositivo que tutela o conteúdo essencial dos direitos fundamentais –, dispõe no seu artigo 19.2 que: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu

¹¹² Nesse mesmo sentido, adotando a teoria do suporte fático amplo e a teoria externa das restrições dos direitos fundamentais, é a posição de MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225-226.

conteúdo essencial.”¹¹³ A constituição portuguesa, influenciada pela constituição alemã, dispõe, por seu turno, em seu artigo 18, 3, que: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”¹¹⁴

A constituição alemã influenciou sobremaneira o poder constituinte de outros países, em especial no período de redemocratização do Leste Europeu. Assim, segundo anota Virgílio Afonso da Silva, é possível encontrar em constituições rígidas de países como Espanha, Polónia, França e Holanda, assim como no próprio projeto de Constituição europeia, disposição que tutela o conteúdo essencial de direitos e liberdades.¹¹⁵

O primeiro enfoque dado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se à sua dimensão objetiva, segundo a qual a sua proteção é importante para resguardar a vida social como um todo, isto é, não se deve autorizar a restrição da eficácia de direitos que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para parte deles.¹¹⁶ As cláusulas pétreas são, na acepção objetiva, o conteúdo essencial de direitos fundamentais. Assim, constata-se que o conteúdo essencial objetivo refere-se à uma barreira formal que impede a supressão, em abstrato, da proteção de direitos fundamentais.

O segundo enfoque dado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se à sua dimensão subjetiva, isto é, a proteção deste núcleo não é feita a partir da tutela de um interesse social, coletivo, mas sim individual, logo, em cada situação, deve-se verificar se o conteúdo essencial foi ou não afetado.¹¹⁷

¹¹³ ALEMANHA. Constituição alemã. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. atual. jan. 2011. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹¹⁴ PORTUGAL. Constituição portuguesa. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹¹⁵ SILVA, 2014, p. 25-26.

¹¹⁶ HESSE, Honrad *apud* SILVA, 2014, p. 27. Nesse sentido, também é a posição de Friedrich Klein. KLEIN, Friedrich *apud* ALEXY, 2014, p. 297.

¹¹⁷ SILVA, op. cit., p. 27.

Para esta investigação, interesse debater o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob a perspectiva subjetiva, pois nos preocupamos aqui em debater a interpretação/aplicação concreta da norma. A dimensão objetiva mostra-se assaz importante quando se debate sobre os limites do poder de reforma e de revisão do texto constitucional ou sobre o controle concentrado de constitucionalidade, em especial os limites materiais, explícitos e implícitos, de reforma, as cláusulas pétreas e a sua hierarquia, o que não é o foco deste trabalho.

Assim, dentro desta aceção subjetiva do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, gera também controvérsia duas principais vertentes teóricas sobre o tema: a do conteúdo essencial absoluto e a do conteúdo essencial relativo, de cuja discussão passamos ora a tratar.

2.1.3.1 Conteúdo essencial absoluto: mínimo existencial e limites imanes

Para a Teoria do Conteúdo Essencial Absoluto, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. Trata-se de um limite intransponível, um núcleo intangível do direito que deve sempre ser preservado.

Se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, existiria um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses envolvidos em sua restrição¹¹⁸.

Alexy refere-se ao conteúdo essencial como “restrição das restrições” e cita julgamentos do Tribunal Constitucional Federal alemão que fazem referência ao conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, como ocorreu em controvérsia enfrentada sobre gravações secretas, no qual aduziu o tribunal: “nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade.” Em outros julgamentos, Alexy se refere a expressões

¹¹⁸ SILVA, 2014, p. 190-191.

utilizadas como “limite extremo”, “última área intocável” ou “limite absoluto, cuja superação violaria o conteúdo essencial do direito fundamental”.¹¹⁹

Virgílio Afonso da Silva cita também julgados do Supremo Tribunal Federal que, expressamente, fizeram referência à Teoria do Conteúdo Essencial Absoluto dos Direitos Fundamentais, tais como o voto do ministro Carlos Ayres Brito, no *Habeas-Corpus* n° 82424¹²⁰, conhecido como caso Ellwanger, e os votos do ministro Gilmar Mendes, em diversos *Habeas Corpus* impetrados para questionar a constitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos), que vedava a progressão de regime de cumprimento das penas de crimes hediondos.¹²¹

Costuma-se associar, comumente, a noção de núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais ao mínimo existencial¹²², também chamado de “mínimo vital”, “conteúdo mínimo”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais –, enquanto instrumento de concretização do valor dignidade humana – princípio fundante dos valores da Constituição Federal de 1988.

Ricardo Lobo Torres defende, dentre outras assertivas, que o mínimo existencial é um direito fundamental às condições mínimas de existência humana digna que, muitas vezes, não aparece expressamente no texto maior; o mínimo existencial constituiu uma das condições para o exercício da liberdade e dos direitos humanos, podendo se

¹¹⁹ ALEXY, 2014, p. 298.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* n° 82424, rel. Moreira Alves, j. 17/09/2003. Trecho do voto do ministro Carlos Ayres Brito: “Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, hic et nunc, concreta, qual deve ser o direito a preponderar no caso considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.”

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 84862/RS, rel., Min. Carlos Velloso, j. 22/02/2005, Segunda Turma. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739497/habeas-corpus-hc-84862-rs>>. Acesso em: 17 ago. 2015. Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes: “O núcleo essencial desse direito [à individualização da pena] em relação aos crimes hediondos, *resta completamente afetado*. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a ideia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura”.

¹²² Sobre mínimo existencial, conferir os trabalhos de Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 284 *et seq.* Do mesmo autor, *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, RDA, 1989. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 99 *et seq.*

expressar no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito ou no devido processo legal; não se confunde, no entanto, com direitos econômicos e sociais que, para ele, não são fundamentais; o mínimo existencial é um direito garantido negativamente contra a intervenção estatal e garantido positivamente pelas prestações estatais; o *status negativo* do mínimo existencial se afirma principalmente através de imunidades fiscais e o *status positivo libertatis* compreende prestações estatais obrigatórias e necessárias ao mínimo existencial independentemente de contraprestação.¹²³ Ana Paula de Barcellos defende a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais – direitos a prestações positivas –, desde que necessárias a assegurar o mínimo existencial.¹²⁴

Parece claro que a doutrina costuma associar o “mínimo existencial”, enquanto conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, como direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas que confirmam à pessoa humana o mínimo necessário à uma vida digna.

Contudo, ao trasladarmos a ideia de mínimo existencial e, por consequência, de núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais, para os direitos negativos, também conhecidos como direitos de abstenção do Estado, assim como, ao importamos o “mínimo existencial” para as relações horizontais firmadas entre particulares – eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, torna-se extremamente difícil admitir a sua existência, pois é perfeitamente possível que, diante de circunstâncias fáticas e normativas de um caso concreto, após um juízo de ponderação, a partir de “condições de precedência”, um direito seja aniquilado por completo em benefício de outro. Não há

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. p. 29-49, 1989. Para Lobo Torres, “O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.” (LOBO, 1989, p. 32-33). Mais adiante, afirma ele: “o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional.”

¹²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./fev./mar., p. 01-31, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

falar, portanto, em conteúdos intransponíveis, intangíveis, de direitos fundamentais: nem mesmo a vida ou a liberdade o possuem.

O sistema jurídico pode restringir qualquer direito fundamental, cuja proteção é, tão somente, *prima facie*, através de normas-princípios ou de normas-regras.

As hipóteses de inobservância do “mínimo existencial” de direitos fundamentais são múltiplas. Vejamos. O Código Penal, no seu artigo 23¹²⁵, prevê, como hipótese de exclusão da ilicitude – antijuridicidade –, do crime de homicídio, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício legal de direito. Assim, se se constata que, diante das condições fáticas e normativas do caso concreto, houve qualquer uma destas hipóteses, afasta-se a proteção do direito à vida e se autoriza a conduta de “matar alguém” – fato típico do homicídio.

O artigo 184 da Constituição Federal¹²⁶ autoriza a União a desapropriar imóvel para reforma agrária que não esteja cumprindo a sua função social. Veja que o artigo 5º, XXII, garante *prima facie* o direito de propriedade, podendo ser afastado por completo quando preenchida a cláusula de restrição, qual seja: não cumprimento da função social.

Por último, o artigo 20 do Código Civil¹²⁷ autoriza a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, ainda que atinja a sua honra e boa fama, quando necessária à administração da justiça ou a manutenção da ordem pública. Assim, quando um meio de comunicação social publica a imagem de um acusado de um crime, há o aniquilamento, naquele caso

¹²⁵ Código Penal. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹²⁶ Constituição Federal. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

¹²⁷ Código Civil. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

concreto, pelo próprio sopesamento legislativo¹²⁸ já realizado, da proteção de sua privacidade em prol da liberdade de informação jornalística.

Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais não possuem um núcleo essencial intransponível em qualquer situação concreta. Os direitos fundamentais possuem sim um núcleo essencial relativo, cuja proteção é *prima facie*, modificando-se de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. Assim, a proteção do núcleo essencial dos direitos negativos ou prestacionais, tanto nas relações entre Estado-cidadão – relações verticais –, quanto nas relações cidadão-cidadão – relações horizontais –, caminha em paralelo com a máxima da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como se vê, o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e pode variar de situação para situação, dependendo das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto¹²⁹. A sua delimitação, no caso concreto, depende de um juízo de ponderação¹³⁰, através da harmonização ou preponderância de interesses envolvidos.

É factível crer que os direitos fundamentais são *prima facie*, realizáveis parcialmente, tal como propõem as bases na teoria dos princípios, logo não há conteúdo mínimo essencial absoluto que justifique a garantia de direitos negativos ou sociais de forma abstrata – aprioristicamente. É isto que propõe a Teoria Relativa do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais, de cujos fundamentos ora passamos a tratar.

¹²⁸ O sopesamento legislativo consiste na ponderação realizada pelo poder reformador, que, ao criar o suporte fático abstrato - enunciado normativo –, realizou uma dimensão de peso de bens jurídicos, traduzindo maior e menor proteção a cada um deles.

¹²⁹ SILVA, 2014, p. 196.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 19. O autor afirma que, no imaginário social, a ideia de ponderação está associada à noção de justiça: “Basta lembrar que o tradicional símbolo da justiça é uma deusa, com os olhos vendados, carregando uma balança, através da qual ela pode pesar e comparar – ponderar, em suma – direitos, argumentos e interesses”.

2.1.3.2 Conteúdo essencial relativo e dignidade humana

Pelo que já exposto criticamente à Teoria do Conteúdo Essencial Absoluto, extraem-se os principais fundamentos da Teoria Relativa. O ponto central da Teoria Relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental.¹³¹

O conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Logo, restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo, se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.¹³²

Para a Teoria Relativa, é possível que, em determinadas circunstâncias, pouco ou nada reste de um direito fundamental. A fim de se evitar o esvaziamento por completo de direitos fundamentais por um modelo de sistema genuinamente principiológico, calcado em direitos fundamentais *prima facie*, o valor dignidade humana tem norteado a interpretação deste conteúdo essencial relativo, em especial pelos movimentos pós-positivistas da ciência jurídica, a partir da segunda metade do século XX, pelo que afirma Ricardo Maurício:

[...] É ate mesmo plausível afirmar que a doutrina vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico, dada a aplicação frequente de princípios ético-jurídicos como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a proporcionalidade.

[...]

Com o advento do pós-positivismo, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. O novo paradigma principiológico procura dar força cogente aos princípios jurídicos, independentemente das dificuldades geradas pela sua vagueza (denotação imprecisa) ou ambiguidade (conotação imprecisa), conferindo aos seus preceitos um alto grau de abstração e generalidade.¹³³

O valor dignidade humana¹³⁴ – enquanto princípio ético-jurídico –, impede a degradação e coisificação da pessoa. É a impossibilidade de redução do homem à

¹³¹ SILVA, 2014, p. 196.

¹³² ALEXY, 2014, p. 297-298.

¹³³ SOARES, 2013, p. 45-46.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livrado do Advogado, 2001. p. 46. Sarlet propõe um densidade normativa que permite a justiciabilidade da dignidade humana, isto é, a possibilidade de se exigir o seu cumprimento judicialmente enquanto direito subjetivo. Nesse sentido, destaca: “O princípio da dignidade

condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico.¹³⁵ Dignidade humana, no entanto, é uma cláusula geral¹³⁶, cuja concepção e extensão são assaz fluídas, variáveis de acordo com elementos circunstanciais, tais como tempo, espaço e pessoa envolvida. Roxana Borges aponta, nesse sentido, que a concepção de dignidade humana é mutável e relativa, não podendo ser abstratamente definida, sob pena de se fixar um imperialismo moral.¹³⁷ Dignidade não é um dado objetivo, mas um conceito que só pode ser concebido a partir de uma pessoa concretamente considerada.¹³⁸

Sem adentrar à discussão jurídica e filosófica sobre o conceito e extensão da dignidade humana, dado o seu elevado grau de abstração e generalidade, cuja análise, por uma questão de corte e de dimensão, não permite esta investigação¹³⁹, sobreleva registrar a sua relevância para integração e interpretação do sistema, notadamente para sistemas abertos, em que a própria norma constitucional se apresenta como uma “ordem objetiva de valores”.¹⁴⁰

da pessoa humana, fundamento de todos os demais, também possui dupla dimensão, negativa e prestacional: negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas à dignidade, em uma ordem de ideias protetivas; prestacional, na medida em que há o dever de promoção da dignidade da pessoa. Ambas as dimensões se dirigem tanto às relações entre Estado e cidadão quanto nas relações interprivadas.”

¹³⁵ SOARES, 2013, p. 259.

¹³⁶ ENGISCH, 1988, p. 229, 234. English define cláusula geral como uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. E pontua: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e "provisoriamente" dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.”

¹³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15. “O sentido de dignidade enquanto princípio básico do ordenamento jurídico se aproxima das noções de respeito à essência da pessoa humana, respeito às características e sentimentos da pessoa humana, distinção da pessoa humana em relação aos demais seres. É um sentido subjetivo, pois o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, depende de seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais e sociais”.

¹³⁸ *Ibid.*, 2007, p. 19.

¹³⁹ Sobre o conteúdo e concepções do princípio da dignidade da pessoa humana, conferir SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. MAURÍCIO, Ricardo. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Saraiva: São Paulo, 2010; BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. SANTOS, Cristiana Menezes. *Responsabilidade Extracontratual por Lesão à Pessoa Humana Face ao Princípio da Dignidade*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, 2008. <Disponível em <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4760811Z6>> Acesso em 11/01/2016

¹⁴⁰ Com base em um sistema de valores, também chamado de ordem objetiva de valores, muitas liberdades públicas deixaram de ser exigidas apenas como uma abstenção estatal, mas antes como uma

A grande interrogação que se faz quando nos deparamos com o valor dignidade humana e as restrições a direitos fundamentais é a seguinte: existe um núcleo duro, um conteúdo essencial absoluto, da dignidade humana que não pode ser atingido, ou a dignidade humana, assim como os direitos fundamentais, possui, tão somente, uma observância *prima facie*, de modo que seu conteúdo essencial é meramente relativo?

Para responder a tal indagação, Alexy propõe que a dignidade humana é, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Segundo o autor alemão, a norma do artigo 1º, § 1º, 1, da Constituição alemã, segundo a qual “A dignidade humana é inviolável”, dá uma impressão de que a dignidade é um princípio absoluto. E não é isto. A dignidade humana pressupõe a existência de duas normas: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra dignidade humana. Para exemplificar, Alexy cita decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que “a dignidade humana [...] tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão for veada a graça”. Assim, sob estas condições, a proteção da comunidade estatal tem precedência em face do princípio da dignidade humana, mas, diante de outras situações, a precedência poderá ser definida de outra forma.¹⁴¹ Alexy, ao adotar a dignidade humana ora como princípio, ora como regra, admite a existência de um conteúdo essencial absoluto que não poderia ser objeto de afastamento pelo sopesamento.

Na linha de investigação do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa, com as quais, aliás, conjugamos nesta investigação, entendemos que o princípio ético-jurídico dignidade da pessoa humana é, assim como todos os demais direitos fundamentais, realizáveis apenas parcialmente – *prima facie* –, pelo que é possível que, em determinada circunstância, ele seja também afastado pelo sopesamento e pela proporcionalidade.¹⁴²

prestação positiva do Estado. Nesse sentido, conferir SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 77-78.

¹⁴¹ ALEXY, 2014, p. 113.

¹⁴² Virgílio Afonso da Silva apresenta crítica equivalente à Alexy, pois entende que a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, logo deve ter um conteúdo essencial relativo. O autor, contudo, admite a existência de núcleo absoluto, quando a própria Constituição, em normas com estrutura de

No Direito Penal, cresce a noção de Direito Penal do Inimigo, em que o inimigo é considerado aquele que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem ou, até mesmo, destruir o Estado. Assim, contra os chamados não cidadãos, defende-se a possibilidade de mitigação e, até mesmo, de eliminação de direitos e garantias individuais, dado o estado de guerra, de intolerância e de repúdio ao inimigo. Defende-se, inclusive, a utilização de tortura como meio de obtenção de prova.¹⁴³

Nos EUA, desenvolveu-se a Teoria da “Bomba Relógio”, com o objetivo de justificar atos de tortura em situações excepcionais, em que não há outra forma eficaz de conter uma atividade terrorista. É dizer, existe uma ameaça de grandes proporções contra a vida de centenas ou milhares de pessoas em razão do acionamento de uma bomba relógio e a única forma de preservar a vida coletiva é meio da tortura de um prisioneiro.¹⁴⁴ Afastado o exemplo metafórico, assiste-se, na atualidade, no âmbito legislativo, a aprovação de emendas constitucionais, leis ou outros atos normativos, assim como, no judiciário, a construção de decisões paradigmas que, gradativamente, mitigam o princípio ético-jurídico da dignidade humana em prol de um bem considerado “maior”.¹⁴⁵

A Prisão de Guantámo, oficialmente criada pelos EUA e intitulada de Campo de Detenção da Baía de Guantánamo, tem por objetivo aprisionar terroristas ou acusados

regras, define condutas absolutamente vedadas nesse âmbito. Exemplifica com a regra da vedação à tortura e ao tratamento degradante do artigo 5º, III, da Constituição Federal. Nesse sentido, conferir SILVA, 2014, p. 202. Ousamos discordar, neste particular, de Virgílio Afonso da Silva, pois, como já fundamentado anteriormente, a vedação à tortura, ao tratamento degradante ou à prática de racismo, por exemplo, pode, em algum momento, ser mitigada, sendo tais práticas autorizadas pelo ordenamento jurídico. A tortura, o tratamento degradante ou o racismo praticados por uma pessoa que se encontra sob coação física irresistível é conduta atípica, pois ausente o elemento subjetivo dolo. Sob coação física resistível, afasta-se a culpabilidade, mas, da mesma forma, a conduta não é reprimida pelo Estado. Veja, portanto, que houve uma restrição à dignidade e, ainda assim, a conduta que a restringiu não foi reprimida pelo Direito. A dignidade da pessoa humana foi mitigada na sua integralidade tanto ao se praticar tortura quanto ao se impingir um tratamento degradante e, ainda assim, a conduta não foi reprimida pelo sistema jurídico.

¹⁴³ Ibid. p. 110.

¹⁴⁴ PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Brasília/DF, 17 fev. 2016. Notícias. Disponível

em://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&caixaBusca=N

¹⁴⁵ Após a II Guerra Mundial, o Direito Internacional ingressa na Fase Moderna ou Contemporânea, passando a se preocupar em demasia com a proteção da pessoa humana. Surge, então, o Direito de Guerra (*Jus in Bellum*), também chamado de Direito de Haia, e o Direito Humanitário, também chamado de Direito de Genebra. São limitações às condutas dos Estados que se encontrem em guerra armada, dentre elas, a de não atacar civis e refugiados, não utilizar armas que causem sofrimento desnecessário ou autorizar ataques apenas a bases militares. Sobre direito de guerra e neutralidade, conferir PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado – incluindo direitos humanos e comunitário*. 8º ed.: rev. amp. e atual. com o novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 633-640.

de terrorismo, os quais, uma vez declarada “guerra ao terror”, não são protegidos pelas Convenções de Genebra e os seus Protocolos Adicionais. Sob o discurso de “guerra ao terror” e autodefesa ou legítima defesa, legitimam-se, nos termos do artigo 51 da Carta da ONU¹⁴⁶, invasões a territórios soberanos e ataques armados, para manutenção da paz e segurança internacionais.

Afastado o exemplo metafórico da Teoria da “Bomba Relógio”, assiste-se, na atualidade, no âmbito legislativo, a aprovação de emendas constitucionais, leis ou outros atos normativos, assim como, no judiciário, a construção de decisões paradigmas que, gradativamente, mitigam o princípio ético-jurídico da dignidade humana em prol de um bem considerado “maior”.¹⁴⁷

O fato é que sempre haverá o discurso de que, não obstante o recrudescimento da medida, houve a observância do mínimo existencial e de que o núcleo intangível da dignidade humana foi respeitado. É como se comportam, a título ilustrativo, os países que, embora democráticos e tidos como humanitários, ainda aplicam a pena de morte.¹⁴⁸ A morte, desde que por atingida por instrumentos considerados menos ofensivos (cadeira elétrica ou injeção legal) seriam respeitadoras do princípio ético-jurídico da dignidade humana.

¹⁴⁶ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Artigo 51: Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF, 22 out. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 29/02/2016.

¹⁴⁷ PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Brasília/DF, 17 fev. 2016. *Notícias*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&caixaBusca=N>

¹⁴⁸ O Brasil ratificou, em 27/08/1988, por meio do Decreto 2.754, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. BRASIL. Decreto 2.754, de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994, DF, 27 ago. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm. Acesso em: 29/02/2016.

Seguindo coerência lógica desta pesquisa, no sentido de que a dignidade humana é uma cláusula geral, fluída e variável de acordo com as perspectivas individuais e coletivas de um determinado grupo de pessoas, inserido em um determinado tempo e espaço, é perfeitamente possível que, ao se adotar uma determinada medida, judicial ou legislativa, que restrinja em excesso um direito fundamental, como ocorre, como visto, ao se aplicar a pena de morte, nada reste do princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.

O que se quer dizer é que a dignidade humana continua a ser o vetor máximo de interpretação de todo o sistema jurídico, contudo, ao se investigar as restrições e colisões de direitos, ela – a dignidade humana -, assim como todos os demais direitos fundamentais são realizáveis apenas parcialmente – *prima facie* -, podendo, em determinadas circunstâncias concretas, após juízo de ponderação, ser mitigado ou, até mesmo, aniquilado, em prol da concretização de um outro direito fundamental, não havendo falar, pois, em núcleo intangível, duro, mínimo existencial - “restrição das restrições” – quanto ao princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.

Conhecidas, portanto, as principais premissas teóricas sobre as restrições dos direitos fundamentais, passemos a investigar, em particular, os limites da liberdade de informação e da proteção à esfera privada nas relações jurídicas não apenas em face do Estado, mas, sobretudo, entre particulares. E aqui interessa o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na perspectiva da constitucionalização do direito. É o que ora passamos a fazer.

2.1.4 A constitucionalização do direito e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como todo fenômeno social, não é possível fixar marcos precisos que simbolizam a ruptura de movimentos: a transição é sempre gradual. E, na ciência jurídica, não seria diferente. É possível afirmar, no entanto, que a revolução industrial do século XIX trouxe turbulentas mudanças no modo de produção. Rompeu-se a fase do trabalho artesanal e implantou-se o modo de produção confinado e controlado. E as condições de trabalho eram assaz aviltantes à dignidade humana, pelo que não se falava em direitos

da classe operária: jornada máxima de trabalho, horas extraordinárias ou mesmo proteção contra o trabalho da criança e do adolescente.

O lema era aumento da composição orgânica do capital, evitando-se o desperdício de tempo e de trabalho e, por via reflexa, dinamizando a produção. E, lado outro, desprezavam-se aspectos humanos de organização, retirando do trabalhador qualquer chance de inclusão ou ascendência social.

Os direitos sociais surgem, portanto, como resposta dos movimentos sociais à situação que ora se apresentava. Os postulados do pensamento liberal já não se adequavam à realidade social. O homem reclamava do Estado maior intervenção tanto no aspecto político quanto social. A realidade se encarregou de comprovar o que os fatos já antecipavam. A crise da bolsa de valores americana em 1929 concretizou o que a elite não esperava – o colapso do pensamento liberal burguês. Como resposta à crise que se instalara, desenvolveram-se programas de recuperação econômica, pautados, sobretudo, na maior intervenção do Estado em questões de ordem econômica e social.

Paralelo a este contexto social, no campo jurídico, as promulgações das Constituições Mexicana de 1917, da República Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e do Brasil de 1934 foram fundamentais para a consolidação de direitos sociais, inaugurando uma nova relação jurídico-social entre Estado e cidadão. Ele, o Estado, assumiu um novo e relevante papel constitucional no século XX, não mais como mero garantidor de liberdades, mas sim como controlador das relações jurídico-sociais e concretizador do humanismo. Foi este Estado Social – *Welfare State* –, responsável pelo início da constitucionalização do direito privado.

Na lição de Danilo Doneda, o processo iniciado pela Constituição de Weimar teve continuidade, tendo o Tribunal Constitucional alemão desenvolvido um conjunto de valores – *Wertordnung* –, presente no ordenamento e balizado pelos direitos fundamentais, pronto para induzir e orientar esta tábua axiológica por todo o ordenamento. E, na esteira de que o Código Civil não poderia mais apresentar um documento exaustivo em matéria de direito civil, ganhou vigor a discussão em torno da divisão entre direito público e privado. Novas leituras foram feitas desta aproximação. A primeira chamou atenção para a “publicização” do direito civil, cuja “pureza” estaria

sendo temperada por inspirações publicísticas, e a segunda apontava a “privatização” do direito público, que, no caminho inverso, transmutava elementos do direito civil para o terreno do direito público.¹⁴⁹

Maria Celina Bodin de Moraes, citando Stefano Rodotà, destaca que a industrialização fez nascer um outro sujeito de direitos: a classe operária impactou sobremaneira no direito privado, de modo que havia duas alternativas: ou bem o Código Civil, chamado de “constituição do homem privado” seria completamente reformulado, ou então um outro diploma deveria garantir direitos fundamentais ao operariado. E afirma:

O surgimento dos dois sujeitos não leva a reescrever o Código Civil para incluir a classe operária, mas traz consigo o questionamento sobre que valor jurídico deve ter esse novo sujeito. Sua colocação será constitucional [...]. Podemos então compreender que a operação que leva do Código à Constituição não é de mera transferência, a ser estudada apenas no plano da teoria das fontes: daquele momento em diante, propriedade, família, contrato serão abordados também nas constituições porque os códigos civis não comportavam a presença deste outro sujeito.¹⁵⁰

A promulgação da Constituição *Bonn* de 1949, na Alemanha, representou verdadeiro divisor de águas deste emergente movimento político-jurídico da constitucionalização do Direito. As normas constitucionais passaram a ser vistas como verdadeiras lentes, filtros, de toda e qualquer ramo do direito, público ou privado, sobre ele irradiando os seus efeitos.

No Brasil, com a superação do regime autoritarista militar, consubstanciada na promulgação da Constituição Republicana de 1988, pode-se dizer que se iniciou um processo de constante aproximação dos direitos fundamentais com o direito privado. Sarlet esclarece que enquanto na Alemanha, assim como nos demais Estados da Europa e mesmo no âmbito do Direito Internacional, já se discute, há pelo menos meio século – ressalvadas algumas manifestações anteriores –, sobre relações entre direitos fundamentais e o direito privado, no Brasil, cuida-se de tema relativamente novo. Destaca que, embora algumas vezes isoladas já há mais tempo já se referissem à aplicação dos direitos fundamentais no campo do direito privado, o efetivo debate na doutrina e na jurisprudência é relativamente recente, ganhando força a partir da década

¹⁴⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação do autor e da obra. In: RODOTÀ, 2008, p. 02-03

de 90 impulsionado pela forte carga normativa conferida à Constituição Federal de 1988 e pela superação do regime ditatorial.¹⁵¹

A constitucionalização do direito significou um novo modelo que, no dizer de Barroso, proporcionou três mudanças de paradigmas do direito constitucional; o primeiro, o reconhecimento da força normativa da constituição; o segundo, a expansão da jurisdição constitucional; e o terceiro, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁵²

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o legislador constituinte, ao disciplinar institutos nitidamente civilistas como a família, a propriedade e o contrato, redimensionou a norma privada. É dizer, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo axiológico, sob os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados.¹⁵³

Ricardo Maurício refere-se à constitucionalização do direito como um novo movimento jurídico-político, também chamado de neoconstitucionalismo, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos, que se contrapondo ao positivismo, busca designar um novo modelo que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo.¹⁵⁴

A locução constitucionalização do direito, no entanto, apresenta diversas acepções distintas, podendo representar um ordenamento jurídico no qual vigore uma Constituição dotada de supremacia como pode identificar o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito¹⁵⁵ – direito civil, penal, administrativo, ambiental, processual.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. In: _____. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 284.

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 15.

¹⁵⁴ SOARES, 2013, p. 144, p. 235

¹⁵⁵ BARROSO, op. cit., p. 375.

A constitucionalização do direito gerou um efeito expansivo das normas constitucionais e, sobretudo, de seus valores¹⁵⁶ que passaram a irradiar efeitos tanto no direito público quanto no direito privado. A dicotomia entre direito público e privado, fruto dos ideais do estado liberal, cedeu espaço para o direito civil-constitucional, calcado sobremaneira em conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Não é dizer, contudo, como leciona Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que o direito civil deixou o campo do direito privado e foi absorvido pelo direito público. Ele – o direito privado –, reafirmou a sua posição, agora redesenhado e revitalizado sob a afirmação de valores constitucionais.¹⁵⁷

É factível afirmar que a sociedade, já na primeira metade do século XX, ansiava por um Estado mais social, ativo e prestacional, o que, por via reflexa, demandava uma nova forma de interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais. Assim, como todo fenômeno social, a constitucionalização do direito fora impulsionada, sobretudo, pelo processo de fragilização do ser humano. Duas guerras mundiais que colimaram com a polarização global durante a guerra fria, que se dividia entre a ex-União Soviética e os Estados Unidos, ditaduras militares duramente impostas na América Latina, responsáveis pela tortura e pelo desaparecimento forçado de milhares de pessoas, crise famélica na África; são apenas alguns fatos sociais que levaram o direito a se aproximar das demais ciências sociais. A aproximação entre direito e moral, direito e filosofia, direito e sociologia, elevou as normas constitucionais à condição de normas mestras do ordenamento jurídico, das quais irradiam efeitos para todos os demais ramos do direito.

Na lição de Roxana Borges, o direito civil passou a sofrer mais influência das Constituições quando estas passaram a dispor sobre a ordem econômica e social, de modo que o âmbito das relações privadas – esfera sobre a qual o Estado não caberia intervir –, foi alcançado pelo Estado do Bem Estar Social. Passadas a Primeira e Segunda Guerras, tornou-se clara a necessidade de intervenção estatal para a reconstrução social, econômica e política, pois o individualismo jurídico e o liberalismo econômico já não seriam mais capazes de o fazer.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Pela constitucionalização do direito, passou-se a visualizar Constituição como uma “ordem objetiva de valores”. Essa expressão foi bastante difundida especialmente na República de Weimar ao se referir à sua constituição como uma “declaração de princípios”, calcado em um sistema de valores.

¹⁵⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 16.

¹⁵⁸ BORGES, 2007, p. 81.

Neste contexto, a dignidade da pessoa humana ganhou força enquanto valor supremo do Estado Constitucional, ao colocar o homem novamente no centro da interpretação da norma.¹⁵⁹

No campo do direito privado, a constitucionalização do direito civil tornou, cada vez mais presente, o debate sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações de atores privados, dado se perceber que a violação dos direitos fundamentais ocorre não apenas pelo Estado, mas especialmente por particulares¹⁶⁰. Comumente, passou-se a admitir que a violação do direito fundamental pode provir do Estado, mas também da sociedade civil, do amigo, do patrão ou do vizinho, de modo que, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “teremos direitos negativos, com dimensões positivas e direitos positivos com dimensões negativas”.¹⁶¹

Assim, os direitos fundamentais se inseriram também nas relações jurídicas horizontais, pelo que Clapham passou a chamar de “privatização dos direitos fundamentais.”¹⁶². A desapatrimonialização e a personificação do direito civil foram responsáveis pela releitura, à luz da dignidade humana, dos postulados mais expoentes dos códigos oitocentistas: o contrato, a família e a propriedade¹⁶³. É dizer, a proteção genuinamente patrimonialista enraizada no Código Civil de 1916 fora gradativamente sendo

¹⁵⁹ SOARES, 2013, p. 144, p. 259. Sobre dignidade humana e neoconstitucionalismos, leciona Ricardo Maurício: “[...] o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência como com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.”

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52. “Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadão foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.”

¹⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *Debates*, v. 20, p. 208-219, 1999.

¹⁶² CLAPHAM, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: 1993, p. 09 *apud* Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, 2010.

¹⁶³ FACHIN, Luís Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, 2010, p. 48-49.

substituída por uma proteção social. A socialidade, a eticidade e a operabilidade ou concretude tornam-se grandes ambições do Código Civil de 2002.¹⁶⁴

O fato é que aquele absentismo estatal, que legitimava a atuação dos Estados Liberais, gradativamente, restou substituído pelo ativismo do Estado, que, através de um Poder Judiciário cada vez mais ativo, passou a intervir, não apenas nas relações verticais – Estado e cidadão –, mas também nas relações jurídicas privadas (*Drittwirkung*)¹⁶⁵, exercendo não apenas a sua função predominante de julgar, mas também a de legislar, pelo exercício da jurisdição constitucional e da microjustiça¹⁶⁶, decidindo e executando políticas públicas, o que, sem embargo, tem gerado o questionamento sobre a legitimidade democrática de determinadas decisões judiciais.

A constitucionalização do direito não se encontra infensa a críticas e merece também ser vista, em alguns momentos, com temperamentos. A tendência à publicização excessiva de normas de natureza genuinamente privadas, cuja disposição poderia ser decidida pelas partes, reduz o campo da autonomia privada. O Estado passa a limitar e direcionar negócios jurídicos sob o viés do que ele entende como interesse público.

Não por outra razão, o direito de propriedade tornou-se função social da propriedade; a autonomia familiar, função social da família; a empresa, função social da empresa; a responsabilidade, função social da responsabilidade ou responsabilidade social; o contrato, função social do contrato. Houve, segundo Andrew Clapham, um deslocamento do privado para o público, o que se tem chamado de funcionalização de

¹⁶⁴ Sobre socialidade, eticidade e operabilidade, conferir FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 21-28. Sociabilidade, segundo os referidos autores, consiste na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o objetivo de se atingir um bem (fim) comum. A eticidade refere-se a valores éticos que devem nortear as relações jurídicas privadas, os quais são concretizados através de cláusulas gerais, tais como boa fé objetiva e abuso de direito. Operabilidade ou concretude refere-se à personalização das relações jurídicas, é dizer, atrás de cada relação jurídica há uma pessoa concreta, com as suas especificidades e inquietudes que demanda uma interpretação concreta da norma.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. In: _____, 2010, p. 20. Para Sarlet, torna-se impreciso o uso da expressão eficácia horizontal ou *Drittwirkung*, pois, quando se fala de uma eficácia privada, esta não está sendo limitada à problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, mas alcança também a influência da normatividade constitucional sobre os atos dos agentes estatais.

¹⁶⁶ Entenda-se microjustiça como provimentos jurisdicionais em ações individuais que, muito embora recaiam sobre direitos fundamentais de relevo – saúde, educação, segurança, moradia –, atendem a uma pessoa ou a um grupo de pessoas *in concreto*, e não à coletividade em geral, afastando-se da essência do princípio da isonomia material.

institutos do direito privado.¹⁶⁷ A interrogação que se faz é: até que ponto a regulamentação estatal é salutar e até que ponto é excessiva, limitando em demasia a autonomia privada?

O risco de um Estado patriarcal, regulador não apenas de si, mas, sobretudo, do particular, é algo a ser sempre temido. A ameaça do dever de proteção estatal descambar para regulação legislativa excessiva, que mina, gradativamente, o direito geral de liberdade e a autonomia privada deve manter a ciência jurídica sempre em alerta. A constitucionalização do direito, a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas, direta ou indireta, os seus efeitos irradiantes, o dever de proteção estatal, e todos os demais consectários decorrentes deste neoconstitucionalismo não de ser vistos como remédios à petrificação e ao isolamento do direito público e do privado.

A pequena diferença, no entanto, entre o remédio e o veneno é a dose ministrada. Assim, o pêndulo que aproxima o direito público do privado – funcionalização do direito privado como tem sido chamada –, há de permanecer em equilíbrio. Há de se ter cautela para não incorrer em equívoco, no sentido de hipertrofiar o princípio da socialidade, cuja essência seria o predomínio do social sobre o individual¹⁶⁸, pois, se

¹⁶⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48-49. “[...] o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de diversos institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão “função social da propriedade” somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil – art. 421 e 2035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei nº 6404/76 – Lei das S.A – arts. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a “menor célula da sociedade” –, mas como espaço que cada um de seus componentes, vistos com sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades”

¹⁶⁸ Não são poucas as leis, apenas no Brasil, que revelam um excessivo dever de proteção estatal que resultam, mau ou bem, em restrições ao direito geral de liberdade do cidadão. Naturalmente, todas as leis são fundamentadas no “interesse coletivo” que, em uma dimensão de peso legislativo, justificaria a intervenção. A hipertrofia da funcionalização do direito público, em alguns casos, resta evidente. A lei da palmada (Lei 13.0010/2014), ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê sanções como multa e obrigação de participar de programas de proteção à família, aos pais ou responsáveis que, com a finalidade educativa, aplicar emprego de castigo físico ou tratamento degradante à criança e ao adolescente. Embora o Código Penal já tipificasse o crime de lesão corporal, o Estado entendeu por interferir na forma de educação familiar, proibindo qualquer tipo de método educacional baseado em castigo físico, ainda que absolutamente superficial. A Lei 11.708/2008, conhecida como “Lei Seca”, alterou a lei de trânsito brasileira (Lei 9503/97) para tipificar, no artigo 306, como crime de perigo abstrato, isto é, sem resultado lesivo, com pena de detenção e multa, a conduta de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. O Estado, restringindo o direito geral de liberdade do indivíduo

assim o fizer, abandonaríamos o exacerbado individualismo do Código Civil de 1916 e inauguraríamos uma rota oposta, mas igualmente perversa, do coletivismo.

É fundamental compreender que para se atingir um bem comum, deve haver uma harmonia entre a plenitude do individual e do coletivo. O ser humano é um ser individual e coletivo. A sociabilidade ou função social tem sempre por objetivo alcançar uma finalidade. Esta finalidade, por sua vez, deve ser, não apenas legal, mas proporcional, justa, ponderada.

Inserida nesta ebulição de novos paradigmas, estão, como visto, a eficácia objetiva dos direitos fundamentais. E sobre os modelos teóricos que sobre ela versam ora nos debruçamos, para possibilitar, em seguida, avançar à análise da proteção da privacidade e da liberdade de expressão na hipótese de colisão.

2.1.4.1 Eficácia privada dos direitos fundamentais: modelos teóricos

A aplicação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de atores privados é tema que tem ganhado bastante força em discussões doutrinárias¹⁶⁹ e na jurisprudência¹⁷⁰. Posições favoráveis e contrárias ao tema fizeram eclodir quatro modelos teóricos, cujos fundamentos ora passamos a analisar.

que, mesmo tendo ingerido uma quantidade mínima de bebida alcoólica e que não tenha gerado qualquer dano ou risco de dano, tipificou a conduta como típica, passível de repressão penal, violando, a nosso ver, o Princípio da Fragmentariedade do Direito Penal, segundo o qual a reprimenda penal só deve existir quando os outros ramos do Direito não forem capazes de sancionar a conduta proporcionalmente ao dano. Por fim, a Lei 10.826/2003, conhecida com Estatuto do Desarmamento, também, no mesmo caminho, tipifica como crime formal, isto é, sem resultado naturalístico, e de perigo abstrato, nos artigos 14 e 16, as condutas de possuir ou portar arma de fogo de uso permitido. O Estado, visando tutelar a segurança pública, ao argumento de atender ao interesse público, limitou o direito geral de liberdade de o indivíduo possuir ou portar arma de fogo de uso permitido, sancionando-o penalmente ainda que de sua conduta não decorra qualquer resultado lesivo.

¹⁶⁹ Sobre o tema, conferir: CANARIS, Claus-Wilhem. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota. Coimbra: Almedina, 2003. SILVA, 2011. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 158.215/RS*, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/06/1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

2.1.4.1.1 Inaplicabilidade de direitos fundamentais em relações privadas: teoria da ineficácia horizontal ou *state action*

Há mais de uma teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, dentre elas as defendidas por Uwe Diederichsen, Suzette Sandoz e a mais difundida, a Teoria do *State Action* ou da Equiparação/Imputação. Dentre alguns pontos divergentes em particular, todas elas, no geral, defendem que apenas o Estado seria o sujeito passivo de relações jurídicas. Esta teoria é dominante no direito norte-americano e suíço¹⁷¹ e possui um viés essencialmente liberal. A fundamentação mais usual destas teorias, segundo lição de Virgílio Afonso da Silva, refere-se às razões históricas ou às funções que os direitos fundamentais desempenham.¹⁷²

Costuma-se afirmar que os direitos fundamentais têm por função clássica proteger os indivíduos contra violações por parte do Estado. Essa seria a sua função social e histórica. Com base neste argumento, pouco sólido – é bem verdade –, sustenta-se que os direitos fundamentais são única e exclusivamente oponíveis em face do Estado.

Virgílio Afonso da Silva cita a tese de Uwe Diederichsen como umas das principais oposições à eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais. Para Diederichsen, não há posição de hierarquia inferior do direito privado em relação à Constituição e, em última análise, em relação aos direitos fundamentais. Ele sustenta que, embora haja uma hierarquia normativa, não há hierarquia axiológica, pelo que o prestígio de valores constitucionais e sua supremacia em relação a outros valores do ordenamento não são uma decorrência lógica da posição formalmente superior da Constituição. Defende, portanto, posição de igualdade entre valores constitucionais e valores privados.¹⁷³

Para fundamentar a sua teoria quanto à igualdade axiológica, Diederichsen refere-se à previsão infraconstitucional que garante ao locatário o direito de vistoriar o imóvel locado. Neste caso, não obstante a superioridade hierárquica da inviolabilidade de domicílio, prevista constitucionalmente, a cláusula contratual que prevê o direito de

¹⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O direito fundamental ao devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao artigo 57 do Código Civil. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; RESEDÁ, Salomão P. (Coords.). *Direitos fundamentais e reflexos nas relações sociais*. Salvador; Paginae, 2010. p. 48.

¹⁷² SILVA, 2011, p. 70.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 72.

vistoria não é nula.¹⁷⁴ Assim, para ele, a norma infraconstitucional teria o mesmo valor da norma constitucional. O exemplo não nos parece feliz, pois a previsão contratual que confere ao locatário o direito de vistoriar o imóvel não infirma a superioridade axiológica das normas constitucionais, na medida em que o locatário exerce tal direito fundado no seu direito fundamental *prima facie* à propriedade que é de índole constitucional. Caso uma regra de direito civil, infraconstitucional, garantisse esse direito de vistoria à noite e sem prévia comunicação ao locador decerto que seria ela materialmente inconstitucional, pois violaria norma constitucional de hierarquia e de valor maior: privacidade, intimidade.

Suzette Sandoz, por sua vez, defende que a teoria da eficácia horizontal comete um erro quanto à situação de direito e à situação de fato existente. Aduz a autora que, enquanto o direito privado, para corrigir uma desigualdade de fato, recorre, entre outros, à interdição do abuso de direito, do dolo, e à proteção contra o erro, o direito público, para corrigir uma desigualdade de direito, recorre aos direitos fundamentais. Além disso, sustenta a autora que a distinção entre fraco/forte tem contornos diversos no direito público e no direito privado. Na lógica do direito público e especialmente para os direitos fundamentais, o fraco são todos os indivíduos e o forte o Estado. Ao passo que, na lógica do direito privado, o fraco é aquele que sofre uma desigualdade fraca. Importar a aplicação dos direitos fundamentais para o direito privado seria tornar esta relação forte/fraco sempre a mesma, quando, a rigor, ela é dinâmica,¹⁷⁵ o que inviabiliza a eficácia horizontal.

No direito norte-americano, difundiu-se sobremaneira a Teoria do *State Action*, segundo a qual é possível que um ato privado seja objeto de controle judicial. No entanto, para que haja esse controle, é necessário que esta conduta privada seja equiparável à uma ação pública.¹⁷⁶ Na prática esta equiparação é sempre artificial, bastando alterar a sua fundamentação, de modo que sempre será possível exigir do particular que cumpra um direito fundamental, embora, do ponto de vista jurídico-constitucional, não se reconheça a aplicação direta. A teoria, a nosso sentir, não corresponde à realidade.

¹⁷⁴ SILVA, 2011, p. 73.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 100.

No Brasil, a Teoria do *State Action* e as demais que infirmam a eficácia horizontal, direta e indireta, é dificilmente defendida, notadamente porque a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Desta previsão normativa, extrai-se, portanto, a possibilidade de se defender ou a aplicação direta ou a indireta, mas nunca a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

2.1.4.1.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas parte do reconhecimento de um direito geral de liberdade positivado na grande maioria das constituições democráticas.¹⁷⁷ No Brasil, o direito geral de liberdade é positivado no artigo 5º, II, da Constituição que dispõe: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Assim, baseado no direito geral de liberdade, os indivíduos têm a capacidade de exercer a sua autonomia privada, decidindo livremente entre si, sem se preocupar com deveres e proibições de direitos fundamentais direcionados aos Estados.¹⁷⁸ No entanto, este direito geral de liberdade e o exercício da autonomia privada não são absolutos, de modo que se torna necessário encontrar um meio termo que permita a interferência, a infiltração, dos direitos fundamentais no direito privado.

Este meio termo seria alcançado através de intervenções normativas do próprio direito privado. Isto é, a produção de efeitos indiretos no direito privado e, por consequência, nas relações horizontais, que, segundo Virgílio Afonso da Silva, tem como pressuposto um sistema de valores que permite a entrada destes valores constitucionais no direito privado, o que se dá através de cláusulas gerais.¹⁷⁹

Claus-Wilhelm Canaris defende que a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas é, em geral, indireta, pois, sempre que se postula o cumprimento de um direito fundamental, o indivíduo o faz em face do legislador e não do particular. É o dever de

¹⁷⁷ SILVA, 2011, p. 75.

¹⁷⁸ Ibid., p. 76.

¹⁷⁹ SILVA, loc. cit.

proteção do Estado – o dever de criar meios legais de proteção –, que o vincula diretamente aos direitos fundamentais. Este dever de proteção não existe diretamente em face do particular, mas em face do Estado, por isso a aplicação é indireta. Nesse sentido, afirma:

O legislador privado, como órgão do Estado, encontra-se plenamente vinculado aos direitos fundamentais. Não pode atentar contra eles, sob pena de inconstitucionalidade das suas normas, e, mais do que isso, tem a obrigação de defendê-los. Mas os particulares, no exercício da sua autonomia privada, não se sujeitariam a esta mesma vinculação, pois, o comportamento dos indivíduos e de entidades privadas nas suas relações recíprocas não estaria submetido aos direitos fundamentais. No entanto, caberia ao legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais. Sob este prisma, os atos privados não teriam de se conformar aos direitos fundamentais, tal como plasmados na Constituição, mas sim aos parâmetros ditados pelo legislador, no exercício da sua função de proteção daqueles direitos.¹⁸⁰

Como aponta Virgílio Afonso da Silva, o modelo indireto é o mais aceito entre os países que debatem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo, na Alemanha, amplamente acolhido pela doutrina e jurisprudência.¹⁸¹

2.1.4.1.3 Teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais

A Teoria da Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas propõe que, da mesma forma como são aplicados os direitos fundamentais nas relações entre cidadão e Estado, o seja também nas relações entre particulares. É dizer, não se exige qualquer mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares.¹⁸²

A existência de direitos subjetivos do indivíduo de exigir que o particular cumpra direitos de defesa independe de qualquer regulamentação legal como concretização do próprio preceito constitucional é o traço diferenciador das Teorias Direta e Indireta.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, por exemplo, prevista no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, para a Teoria

¹⁸⁰ CANARIS, 2010.

¹⁸¹ SILVA, 2011, p. 81. O caso *Luth*, julgado pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, representa uma importante paradigma jurisprudencial sobre o modelo de efeitos indiretos.

¹⁸² *Ibid.*, 2011, p. 89.

Direta, significa não só a proteção contra atos do poder público, através de direitos civis e políticos, tidos como – prestações negativas –, mas também a proteção do indivíduo contra a violação de seus direitos pelos seus próprios pares, é dizer, pela sociedade. E, para concretizar esta proteção, prescinde-se de norma infraconstitucional, embora ela possa ser importante para fixar as restrições ao próprio direito fundamental *prima facie* garantido pelo texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Recurso Extraordinário n° 158.215/RS*¹⁸³, debruçou-se sobre a eficácia horizontal ao debater a garantia à ampla defesa e ao contraditório – devido processo legal – de associado que fora sumariamente expulso de uma cooperativa. Na oportunidade, entendeu-se que, na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária ao estatuto, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa, como cumprimento direto da norma constitucional.

Em outra oportunidade, ao julgar o *Recurso Extraordinário n° 161.243/DF*¹⁸⁴, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, pela aplicação direta nas relações privadas do princípio constitucional da isonomia, não há de se admitir que funcionário de uma companhia aérea, que desempenha as mesmas funções, tenha plano de carreira distinto daquele assegurado a funcionários de outra nacionalidade.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 158.215/RS*, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/06/1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>>. Acesso em: 19 ago. 2015. Ementa: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 161.243/DF*, rel. Min. Carlos Velloso, j. 19/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

É natural concluir que doutrina e jurisprudência majoritária no Brasil adotam a aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas, embora possam, em algum ponto, divergir quanto à sua aplicação direta ou indireta.

A grande questão que se coloca à hermenêutica jurídica é: qual a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal? Esta interrogação, sem embargo, caminha nos mesmos passos das premissas teóricas analisadas quanto às restrições dos direitos fundamentais. A extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas segue as mesmas premissas da realização *prima facie* dos direitos fundamentais, calcada em suporte fático amplo e em restrições externas que decorrem da ponderação e da máxima da proporcionalidade.

Avancemos, então, à investigação dos instrumentos da contemporânea hermenêutica constitucional que tratam da solução de colisão de direitos fundamentais *prima facie*: o sopesamento e a proporcionalidade.

2.1.5 O Sopesamento (ponderação) como instrumento de solução de colisão de direitos fundamentais

Até aqui foi possível investigar os direitos fundamentais e seus limites a partir de duas perspectivas distintas. A primeira de que os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção normativo definido abstratamente pela regra jurídica – suporte fático abstrato –, e, por esta razão, não são passíveis de restrição, mas sim de “limites imanes”, isto é, alcance ou conteúdo da norma. E, sendo assim, uma vez preenchida a situação de fato prevista na regra, implica-se uma consequência jurídica que significa a realização definitiva do direito. Ou se aplica ou não se aplica a regra.

E, falando em âmbito de proteção da norma, por consequência, não há falar em colisão de direitos, pois eles – os direitos –, ou são liberdades protegidas ou não são. Afirma-se que este modelo preza pela segurança jurídica e pela previsibilidade, de modo que, por mais que normas de direitos fundamentais sejam carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso da ponderação, e são, nesse sentido, normas livres de

sopesamentos.¹⁸⁵ Eis os pressupostos de um sistema calcado essencialmente em normas-regras. É esta, em síntese, a base do suporte fático restrito e da teoria interna já tratadas nesta investigação.¹⁸⁶

A segunda perspectiva, sobre a qual também já nos debruçamos¹⁸⁷, mas cuja reiteração é indispensável para a investigação do sopesamento e da proporcionalidade –, é a de que os direitos fundamentais, via de regra, estão sob o âmbito de proteção de mais de uma norma concomitantemente. É dizer, sobre ações, posições, direitos e deveres fundamentais incidem feixes de proteção de normas-princípios, de sorte que sua realização é apenas parcial, isto é, *prima facie*. Desta forma, é possível que dois ou mais bens jurídicos sejam tutelados, abstratamente, por feixes de incidência de duas normas de direitos fundamentais com diferentes forças. Neste caso, como se nota, há uma colisão de princípios, cuja solução demanda a análise de peso dos bens jurídicos diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto.

É esta análise de peso de bens jurídicos, que varia de acordo com circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, que Alexy denomina de sopesamento ou ponderação.¹⁸⁸ O sopesamento é instrumentalizado pela “lei de colisão”, que, partindo da Teoria dos Princípios – princípios enquanto mandamentos de otimização –, estabelece relações de “precedências condicionadas”, isto é, fixa condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Para Alexy, o sopesamento judicial é sinônimo da máxima da proporcionalidade em sentido estrito¹⁸⁹.

Fixadas estas premissas, há de se observar que o sopesamento de bens jurídicos ocorre tanto na seara legislativa quanto na judicial. No âmbito legislativo, o próprio Poder Constituinte ou o Poder Reformador, ao criar o suporte fático abstrato – enunciado normativo –, realiza uma dimensão de peso dos bens a serem tutelados, traduzindo maior e menor proteção a cada um deles. Esta dimensão de peso é delimitada pelas cláusulas restritivas ou pelas cláusulas de reservas simples ou qualificadas que a própria

¹⁸⁵ Dentre os defensores desta teoria estão Gunter Durig, Tehodor Maunz e Friedrich Muller. Para maior aprofundamento sobre o pensamento de cada um deles, conferir ALEXY, 2014, p. 123-135.

¹⁸⁶ Para maiores esclarecimentos, conferir o item 2.1.1 e 2.1.1.1 deste trabalho.

¹⁸⁷ Para maiores esclarecimentos, conferir os itens 2.1.2 e 2.1.2.1 deste trabalho.

¹⁸⁸ ALEXY, 2014, p. 163.

¹⁸⁹ A máxima da proporcionalidade é dividida em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento. Voltaremos a abordar o tema no avançar da pesquisa. Sobre a máxima da proporcionalidade, conferir Ibid., 2014, p. 116.

norma constitucional prevê e que, posteriormente, é regulamentada por uma norma infraconstitucional.

Nestes casos em que há previsão legislativa, não se exige maiores esforços hermenêuticos para se conferir o peso necessário à proteção de cada bem jurídico, pois esta dimensão fora previamente realizada pelo legislador. Eis o caso, por exemplo, do direito de greve assegurado pelo artigo 9º, *caput*, da Constituição Federal, limitado à cláusula de restrição simples do § 1º¹⁹⁰, regulamentada pela Lei de Greve (Lei nº 7.783/1999), que determina a manutenção de serviços essenciais.

Nesse sentido, afirma Edilson Pereira de Farias que, “a solução do conflito entre os direitos fundamentais é confiada ao legislador quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos.”¹⁹¹ Para José Carlos Vieira de Andrade, defensor do Suporte Fático Restrito e da Teoria Interna, os conflitos de direitos fundamentais estão, na sua grande maioria, regulamentados por leis ordinárias¹⁹², logo o próprio âmbito de proteção da norma afasta, por si só, a necessidade de sopesamento.¹⁹³

Assim, destaca Edilson Pereira de Farias que, em se tratando de colisão de direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta dos juízes ou tribunais.¹⁹⁴ E são estes os casos difíceis que demandam a ponderação ou sopesamento judicial.

A doutrina constitucionalista costuma classificar a técnica da ponderação em duas: i) ponderação em abstrato; ii) ponderação em concreto. A ponderação em abstrato é aquela realizada pela doutrina ao se posicionar sobre a hipótese de antagonismo entre bens constitucionalmente tutelados. A ponderação em concreto, por sua vez, é a

¹⁹⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

¹⁹¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 106.

¹⁹² ANDRADE, 2004, p. 220.

¹⁹³ Discordamos, como já exposto nos itens 2.1.2 e 2.1.2.1 nesta pesquisa, da posição de que a liberdade estaria fora do âmbito de proteção da norma. Entendemos que a proteção existe, é *prima facie*, mas que a sua incidência dos feixes desta proteção é fraca.

¹⁹⁴ FARIAS, op. cit., p. 107.

aplicação concreta dos dispositivos pelo aplicador do direito constitucional após recorrer à ponderação em abstrato feita pela Ciência do Direito.¹⁹⁵

E, em caso de conflito entre normas direito fundamental, impõe-se a necessidade de ponderação, que, enquanto técnica de decisão racional e fundamentada, se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) 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. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade¹⁹⁶.

Daniel Sarmiento estabelece parâmetros para o uso adequado da ponderação. Para o autor, “o julgador deve usar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo que atenda aos interesses imperativos”. E observa que a restrição de cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; a restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto; o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.¹⁹⁷

A ponderação, para Luís Pietro Sanchís, será necessária sempre que houver antinomias ou contradições normativas não resolvíveis com os critérios da hierarquia, cronológico e da especialidade:

Ponderar é, pois, buscar a melhor decisão (a melhor sentença, por exemplo), quando na argumentação ocorrem razões justificadoras conflitivas e do mesmo valor.

O direito sugere que a ponderação é um método para a resolução de certo tipo de antinomias ou contradições normativas. Desde logo, não de todas: não

¹⁹⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2005. Tomo III. p. 79-129.

¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144-145.

daquelas que podem resolver-se mediante alguns dos critérios de uso, hierárquico, cronológico e da especialidade.¹⁹⁸

Temos, assim, que sopesamento judicial ou ponderação é um juízo de balanceamento de princípios constitucionais pelo intérprete da norma, que, diante de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, inserido em um sistema aberto de princípios gerais do Direito, deverá conferir maior peso a um direito em detrimento de outro, sempre que a própria a norma não o tenha feito em abstrato – sopesamento legislativo –, sem invalidar uma norma em face de outra.

Neste particular, discordamos da posição de Luís Pietro Sanchís, no sentido de que a ponderação resolve antinomias não corrigidas pelos critérios clássicos de solução: hierárquico, cronológico e da especialidade. Por uma questão de coerência com as premissas já fixadas nesta pesquisa, pela qual os direitos fundamentais são garantidos por normas principiológicas – *prima facie* –, inseridos em um sistema aberto, não há falar em antinomia, pois os princípios podem entrar em oposição entre si, pois, como esclarece Claus Wilhelm Canaris, os princípios não valem sem exceção nem tampouco tem a pretensão de exclusividade, ostentando o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas.¹⁹⁹

Na lição de Alexy o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro “de forma precipitada”, mas antes um resultado enunciado de precedências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde a uma regra de decisão diferenciada. No sopesamento, portanto, não há

¹⁹⁸ Tradução livre. SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 136. No original, afirma o autor: “Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidade.”

¹⁹⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Introdução ao pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 88. Ao tratar dos tipos de funções dos princípios gerais do Direito na formação do sistema, esclarece o autor: “Salientem-se, aqui, quatro características: os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.”

uma questão de tudo-ou-nada; sopesamento é equivalente ao princípio da concordância prática.²⁰⁰

O sopesamento enquanto critério interpretativo de solução de colisão de direitos fundamentais sofreu profundas críticas por ser acusada de se tratar de um modelo decisionista. Em outras palavras, a “precedência condicionada” poderia ser intuitiva, pessoal, subjetiva, resultado de um processo psíquico não controlado racionalmente, o que retiraria a segurança e a previsibilidade jurídica da norma. Demais, não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma fórmula vazia, pois, no limite, seria uma palavra contra outra. O sopesamento conduziria a “decisões particulares”.²⁰¹

Alexy refuta todas as críticas ao apresentar o modelo fundamentado do sopesamento em contraposição ao modelo decisionista. Para ele, a lei do sopesamento traz regras. É dizer, dos enunciados de precedências condicionadas “decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio relevante”. E, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, “pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa de preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas”. Rememora o autor, ainda, que também no âmbito da interpretação tradicional, com frequência, são realizados sopesamentos. Quando se confere uma interpretação estrita de um conceito, protege-se menos um direito fundamental. Lado outro, quando se confere uma interpretação extensiva ao mesmo conceito, protege-se de forma mais ampla este direito.²⁰²

Assim, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério racional, na medida em que exige da lei de colisão uma fundamentação que a aproxima da teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão, portanto, deve ser devidamente fundamentada de forma racional. O sopesamento decorre de decisões judiciais, logo ele serve em geral para solucionar casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há nada de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua

²⁰⁰ ALEXY, 2014, p. 173.

²⁰¹ Tais críticas foram fortemente sustentadas Ernst Forsthoff, Gunter Durig e Friedrich Muller. Para maior aprofundamento. Ibid., p. 155-178.

²⁰² Ibid., 2014, p. 166.

universalizabilidade. Acrescenta, ainda, que a objeção segundo a qual, no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra outra – crítica apresentada por Muller –, não procede, pois um “princípio é contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento.”²⁰³

Concordamos com Alexy, neste ponto, pois é evidente que toda decisão judicial – como resultado de um fenômeno social –, parte da pré-compreensão do intérprete. Os métodos tradicionais de interpretação – literal, histórico, sistemático e teleológico –, para não serem reduzidos a mero decisionismo do julgador fundamentam-se, dentre outras fontes, em precedentes judiciais, na finalidade da norma ou do constituinte que o levam a fundamentar racionalmente sua decisão. Com a lei de colisão não é diferente. Deve o intérprete, ao se deparar com a colisão de direitos *prima facie* albergados pela norma, fundamentar sua decisão racionalmente a favor de um deles, utilizando-se, para tanto, de parâmetros como meio e fim, isto é, realização das liberdades envolvidas na maior medida possível e a um custo menor possível.

Para melhor compreensão desta relação de meio e fim como forma de solução de colisão de direitos, indispensável avançar e investigar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que ora passamos a fazer.

2.1.5.1 Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Intimamente ligada à constitucionalização do direito, à teoria dos princípios e à sua força vinculante, às ideias de direitos fundamentais *prima facie*, das restrições, da colisão de direitos, do sopesamento ou ponderação e do próprio movimento político-jurídico pós-positivista de interpretação, encontra-se a proporcionalidade, ora classificada doutrinariamente como máxima, axioma/postulado²⁰⁴, princípio ou regra.

Não é proposta deste trabalho – até pela sua dimensão e corte temático –, ingressar na divagação jurídico-filosófica se a proporcionalidade é uma máxima, um axioma, um

²⁰³ ALEXY, 2014, p. 174.

²⁰⁴ Axioma usado originalmente como sinônimo de postulado denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la. ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 176.

postulado²⁰⁵, um princípio ou uma regra jurídica, embora reconheça a relevância da discussão.

Doutrinariamente, costuma-se usar como sinônimos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois ambos possuem, em seus fundamentos, valores semelhantes, embora suas funções originais divirjam entre si.

A origem do princípio da razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, com especial destaque no direito norte-americano, cuja principal fonte é o costume – sistema do *common law*. O princípio da razoabilidade decorre do conceito de devido processo legal substantivo e, como instrumento de direito constitucional, funcionava como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis, sem grande preocupação, no entanto, com uma formulação doutrinária sistemática.²⁰⁶

Ávila diferencia os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, embora classifique ambos como postulados normativos aplicativos. Para ele, a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras, sendo usada de vários sentidos: razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.²⁰⁷

²⁰⁵ Humberto Ávila considera a proporcionalidade e a razoabilidade como postulados específicos. Para Ávila, postulados são condições essenciais que possibilitam a interpretação de qualquer objeto cultural. É dizer são meios sem os quais o objeto cultural não seria sequer apreciado. Os postulados, para Ávila, se dividem em hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do Direito, e aplicativos, cuja função é estruturar sua aplicação concreta. Dentro dos postulados aplicativos estão os postulados normativos aplicativos que tem por função instituir os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Dito em outras palavras, são normas sobre a aplicação de outras normas isto é, metanormas. Diz-se, portanto, que postulados normativos são diretrizes metódicas que se dirigem ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Os postulados, segundo o autor, funcionam de forma diferente dos princípios e das regras. Postulados não são nem princípios e nem regras, pois: i) não se situam no mesmo nível – princípios e regras são normas objeto de aplicação enquanto os postulados são normas que orientam a aplicação de outras; ii) não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes enquanto os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito; iii) não se relacionam da mesma forma com outras normas; os princípios e as regras –até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 142-143.

²⁰⁶ BARROSO, 2012, p. 328.

²⁰⁷ ÁVILA, 2012, p. 173.

Dentre tantas acepções possíveis, o autor destaca três como principais. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja indicando em quais hipóteses o caso individual, em razão de suas peculiaridade, não se enquadra na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende exigir. Terceiro, a razoabilidade é usada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.²⁰⁸ Neste particular, a razoabilidade é vista como equidade, como congruência e como equivalência.²⁰⁹

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, se originou no sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas desenvolveram uma doutrina analítica e ordenada. Na Alemanha, o conceito de proporcionalidade evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Assim, como esclarece Barroso, sem embargo da origem e desenvolvimento diversos, tanto o princípio da razoabilidade quanto o da proporcionalidade possuem valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por esta razão, considera o autor que ambos os princípios possuem conceitos próximos o suficientes para ser intercambiáveis.²¹⁰

Equilíbrio, bom senso e razão na atuação não só do Estado, mas também do particular: eis a finalidade do princípio da proporcionalidade, cujos efeitos incidem sobre relações públicas e privadas. Embora seja factível afirmar que o princípio da proporcionalidade se originou com desiderato de limitar o “excesso de poder” estatal – “*détournement de pouvoir*” –, controlando especialmente a atividade legislativa, hoje ele é visto como um dos grandes princípios da Teoria Geral do Direito, pelo que norteia as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, e impede o abuso de direito na esfera privada.

²⁰⁸ ÁVILA, 2012, p. 173.

²⁰⁹ Para maior aprofundamento do postulado da razoabilidade como equidade, congruência e equivalência. Ibid., 2012, p. 174-181.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. BARROSO, 2012, p. 328.

A noção de proporcionalidade é associada à de necessidade, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, pois “atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência”.²¹¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco defendem que o Princípio da Proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) exerce fundamental importância no controle da atividade legislativa, franqueando ao legislador o “poder de conformação”, em contraposição à discricionariedade legislativa. Desta forma, uma norma, embora formalmente constitucional, pode ser materialmente inconstitucional caso não supere a censura da proporcionalidade, sob o viés da adequação (*Geeignetheit*) e da necessidade (*Erforderlichkeit*).²¹²

Ávila aponta o postulado da proporcionalidade como instrumento de controle contra atos do Poder Público, cuja aplicação tem suscitado vários problemas, dentre eles, a sua aplicabilidade. A ideia de proporção é recorrente na Ciência Jurídica, sendo, não por outra razão, comumente referida no direito penal, tributário, eleitoral, processual, constitucional e administrativo. O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas formas. Ele se aplica tão somente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos – um meio e um fim –, a possibilitar o exame de três elementos fundamentais: a adequação (o meio é capaz de promover o fim?), a necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?), e a proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)²¹³

Robert Alexy vê a proporcionalidade como uma máxima que se subdivide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O autor alemão considera haver uma conexão assaz estreita entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade: uma implica na outra. É dizer, a máxima da

²¹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 245-246.

²¹³ ÁVILA, 2012, p. 183.

proporcionalidade, subdividida nas suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – sinônimo esta última de sopesamento –, decorre da natureza dos princípios.²¹⁴

O autor alemão adverte que a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”, embora discorde desta classificação. Para ele, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que as máximas parciais às vezes tenham precedência e às vezes não. O que se questiona é se as máximas parciais foram ou não satisfeitas: sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. Conclui, assim, a dizer que as três máximas parciais devem ser consideradas regras²¹⁵, isto é, realizáveis em definitivo.

Partindo, então, da ideia já exposta de que princípios são mandamentos de otimização, realizáveis na maior medida possível em face das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto, Alexy afirma as máximas parciais da adequação e da necessidade variam de acordo com as possibilidades fáticas, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito varia de acordo com as possibilidades jurídicas, sendo ela sinônimo de sopesamento²¹⁶.

Neste particular, ousamos discordar do posicionamento de Alexy, no sentido de que os subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam regras e não princípios. O autor alemão, ao considerar a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito como sinônimo de sopesamento, torna incompatível considerá-lo uma regra jurídica, na medida em que o sopesamento ou ponderação, como também é chamado, reclama o uso de “precedências condicionadas”, devidamente fundamentadas, racionalmente, logo deve apontar a dimensão de peso de cada princípio colidente. A proporcionalidade em sentido estrito, sinônimo de sopesamento, portanto, é incompatível com a noção de regra, mas sim de princípio.

²¹⁴ ALEXY, 2014, p. 117.

²¹⁵ ALEXY, loc. cit.

²¹⁶ Ibid., p. 117-118.

Quanto aos subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve o intérprete, diante de colisões de direitos fundamentais não resolvidos pela ponderação legislativa, questionar e responder, primeiramente, se a medida a ser adotada é realmente capaz, adequada, de atingir o fim pretendido. Busca-se, neste momento, tão somente aferir se a medida escolhida é apta a produzir o resultado pretendido. Os efeitos de causa e consequência são irrelevantes, mas antes o potencial de êxito. Não superada esta primeira barreira, a medida é ilegal. Superada, interroga-se se a medida é necessária para atingir o fim pretendido ou se há outro meio menos gravoso que permita alcançar o mesmo fim pretendido. A medida somente será legal se não houver meio menos grave para se conquistar o objetivo pretendido. Superada também esta barreira, questiona-se se, na relação custo *versus* benefício, o fim a ser alcançado justifica o sacrifício, o ônus da medida. Apenas se atendidos os três subprincípios, a medida será proporcional e, por consequência, legal.²¹⁷

No tocante à colisão da liberdade de expressão e de manifestação de pensamento e a proteção da esfera privada, não há como equacioná-la senão socorrendo-se ao princípio da proporcionalidade e à técnica do sopesamento (ponderação de interesses). Para Manoel Jorge e Silva Neto²¹⁸, o caso mais emblemático para destacar a técnica da ponderação de interesses refere-se ao conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação jornalística. Como não seria legítimo escolher, por exemplo, a tutela da vida privada, em detrimento absoluto do direito à informação, a concordância prática ou cedência recíproca – postulados da moderna interpretação constitucional –, passam os intérpretes a se valer da técnica da ponderação para solucionar *hard cases*.

Não por outra razão, a IV Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado n° 279, que trata da ponderação quando em colisão o direito à privacidade e a liberdade de expressão, apontando como “precedências condicionadas” favoráveis ora à liberdade de imprensa ora à proteção da esfera privada as seguintes

²¹⁷ Daniel Sarmiento, ao tratar do tema ponderação aplicado ao direito constitucional, afirma que o princípio da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. No seu tríplice aspecto – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico do administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível. SARMENTO, 2000, p. 96.

²¹⁸ SILVA NETO, 2013, p. 163.

circunstâncias fáticas: notoriedade do retratado, notoriedade e veracidade dos fatos abordados, e as finalidades de sua utilização – comercial, informativa e biográfica:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.²¹⁹

Sobeja manifesta a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento da nova hermenêutica constitucional, para auxiliar o intérprete a alcançar soluções legítimas diante do conflito de bens jurídicos hierarquicamente equivalentes a ponto de se permitir afirmar que, atendida a proporcionalidade, o conteúdo restante do direito restringido é legal, ainda que dele nada reste.

2.1.4.1.4 O julgamento paradigma do caso *Lebach*: liberdade de expressão x proteção da esfera privada

Exemplo emblemático da aplicação da técnica da ponderação/sopesamento citado por Alexy refere-se ao caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em junho de 1973²²⁰.

Em 1969, em *Lebach*, pequeno lugarejo a oeste da Alemanha, quatro soldados foram brutalmente assassinados e um quinto gravemente ferido enquanto guardavam um depósito de munição. Dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua e um terceiro fora condenado a seis anos de reclusão por ter ajudado na preparação da ação criminosa.

Quatro anos após o ocorrido, uma das maiores emissoras de televisão da Alemanha, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*), produziu um documentário sobre todo o ocorrido, em que contava toda a história com o nome e a foto de todos os acusados e com riqueza de detalhes, inclusive relações homossexuais vividas supostamente entre os acusados.

²¹⁹ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4.: ENUNCIADOS APROVADOS. *Enunciados n° 272 a 396*. Coordenação de editoração Milra de Lucena Machado Amorim. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/TVJornada.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²²⁰ ALEXY, 2014, p. 99-103.

O documentário seria exibido anos após o fato, em outro contexto social, às vésperas da libertação do terceiro acusado. Sentindo-se violado em sua dignidade com a iminência da transmissão, este terceiro acusado buscou, em juízo, tutela inibitória para impedir a transmissão do programa, ao fundamento de que o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias, pelo que apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã.

O Tribunal Constitucional alemão, ao realizar o sopesamento dos bens jurídicos envolvidos – liberdade de informação jornalística *versus* proteção da esfera privada da pessoa retratada –, com base no princípio da proporcionalidade e na técnica da ponderação de interesses (sopesamento), entendeu prevalecer a proteção da personalidade humana em detrimento da liberdade de radiodifusão, impedindo, então, a divulgação do programa.

O julgamento do Tribunal Constitucional alemão dividiu-se em três momentos, na lição de Alexy:

Na primeira etapa constatou-se uma “situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º”. Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P_1 , e o segundo por P_2 . Isoladamente considerados, P_1 levaria à proibição, e P_2 à permissão da exibição do programa. [...] em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P_2) no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C_1), ou seja, ($P_2 P_1$) C_1 . [...] A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C_2), a proteção da personalidade (P_1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P_2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência $P_1 P_2$ C_2 . C_2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização).²²¹

²²¹ ALEXY, 2014, p. 101-102.

O caso *Lebach* pode ser considerado como um dos primeiros, senão o primeiro marco histórico que reconheceu o direito ao esquecimento²²², embora não tenha sido feito a ele feito referência com esta nomenclatura.

Nota-se pela técnica da ponderação de interesses e pelo princípio da proporcionalidade, tal como esposado pelo Tribunal Constitucional Alemão, que não pode e não deve a “concreção” do direito à informação ser alcançada pelo aniquilamento dos direitos da personalidade – honra, imagem, esquecimento –, nem tampouco a garantia da esfera privada da personalidade deve ser efetivada ao sacrifício absoluto da liberdade de informação jornalística ou de expressão. Deve haver um sopesamento, de modo que ambos permaneçam válidos no ordenamento jurídico.

Fixadas as premissas teóricas sobre os principais instrumentos de solução de colisão de direitos fundamentais, revela-se necessário, ao avançar deste trabalho, investigar liberdade de informação em colisão com a esfera privada, a fim de compreendermos o tratamento hermenêutico-jurídico a ser conferido às controvérsias das biografias não autorizadas.

²²² Mais adiante, no avançar desta pesquisa, voltaremos a tratar do direito ao esquecimento.

3 LIBEDADE DE INFORMAÇÃO EM COLISÃO COM A ESFERA PRIVADA

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. É dizer, significa um poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade.²²³ O magistério da doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que a própria noção de Estado Democrático pressupõe que liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo, assim, que as liberdades sejam meramente formais. A efetivação destas liberdades, aliás, presta serviço ao próprio regime democrático, pois viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais.²²⁴

A Constituição Federal de 1988 e as demais fontes de direito externo consagram as mais diversas formas de liberdade²²⁵, sendo, para este tópico da investigação, relevante tratarmos da liberdade de informação²²⁶, na qual se inserem a liberdade de opinião e de pensamento (artigo 5º, IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), a liberdade de informação jornalística ou de imprensa (artigo 220), e o direito difuso da cidadania à informação, isto é, de acessar e receber informações de banco de dados de órgãos públicos ou de empresas privadas quando de natureza pública (art. 5º, XIV).²²⁷

²²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspdv, 2011. p. 684.

²²⁴ MENDES; BRANCO, 2014, p. 263.

²²⁵ Liberdade de ação, liberdade de locomoção, liberdade de opinião ou pensamento; liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, liberdade de informação, liberdade de consciência e crença, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de opção profissional, dentre outras.

²²⁶ Trataremos nesta pesquisa da liberdade de informação em um sentido amplo enquanto sinônimo de liberdade de comunicação social. A doutrina alienígena e nacional interna e externa não é uníssona quanto as expressões que traduzem o direito de se informar, de se informar e de ser informado, ora nomeando tais direitos subjetivos como direito à informação, ora como direito à comunicação social, ora apenas como liberdade de expressão em sentido amplo. Portanto, nesta investigação, procuraremos usar como sinônimo as expressões liberdade de informação, direito à informação e liberdade de expressão em sentido amplo, nos quais se encontram as subdivisões: liberdade de opinião e de pensamento (artigo 5º, IV da C.F/88), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), a liberdade de informação jornalística ou de imprensa (artigo 220), e o direito difuso da cidadania de acesso à informação (art. 5º, IV e XXIII) de órgãos públicos e entes privados quando gestor de banco de dados de natureza pública.

²²⁷ No julgamento do *RE 673707/MG*, divulgado no informativo 790, o Plenário do STF entendeu que o *Habeas Data* é a via adequada para o contribuinte obter informação que conste em baco de dados de

A liberdade de informação, enquanto instrumento de construção da memória coletiva, longe um viés individual, calcado na simples não intervenção ou no mero absentismo estatal, possui, na atualidade, um caráter transindividual, difuso²²⁸. A massificação da mídia, também chamada de *mass media*²²⁹ –, criou a necessidade de se interpretar a

entidades governamentais ou em banco de dados de natureza pública de entidades privadas, em obséquio ao direito fundamental de acesso às informações. Pontuou que o contribuinte possui interesse de agir – preliminar alegada pela União –, pois, embora o banco de dados seja alimentado com informações prestadas pelo próprio contribuinte, ele pode, na atual sociedade da informação, não ter o conhecimento de todas elas. Destacou o Relator que, no caso de entidades governamentais, não se exige que o banco de dados seja de natureza pública, de modo que, ainda que a informação seja utilizada exclusivamente para fins de fiscalização interna, detém o contribuinte o direito de acessá-la e, se for o caso, retificá-la. Se o banco de dados for de empresa privada, deve, neste caso, ter natureza pública, pois, de outro modo, estaria a violar o direito de privacidade e o sigilo profissional. Rechaçou a alegação de que fornecer tais informações violaria o sigilo fiscal, pois o requerimento é feito pelo próprio titular do direito protegido. O sigilo é protegido contra terceiros e não contra o titular do direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário nº 673707/MG*, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25245100/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-673707-mg-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²²⁸ O Código de Defesa do Consumidor positivou os direitos difusos, definindo-os como: Artigo 81: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. BRASIL. *Lei nº 8078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 683.751/RS*, rel. Ministro Celso de Melo, j. 24/06/2015, informativo nº 792. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_683751.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015. O Ministro Celso de Mello trata, com bastante propriedade, sobre a legitimação coletiva para o exercício do direito de resposta, por ele chamado de direito coletivo de retificação, pelo Ministério Público, por órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que despidos de personalidade jurídica, quando especificamente criados para a defesa de interesses difusos ou coletivos, e por organizações não governamentais, existentes sob a forma de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa desses interesses, enquanto instrumentos de “intensificação e fortalecimento do processo de democratização dos meios de comunicação de massa – *“mass media”* –, uma vez que o antigo conceito liberal do “livre mercado de ideias” (*“free marketplace of ideas”*) – defendido por pensadores e intelectuais tão diversos como John Milton (*“Areopagitica”*), John Stuart Mill (*“On Liberty”*), Thomas Jefferson (*“Letter to William Roscoe”*), Fred S. Siebert (*“The Libertarian Theory”*), Oliver Wendell Holmes, Jr. (voto vencido em *“Abrams v. United States”*, “in” 250 U.S. 616, proferido em 1919), William Brennan Jr. (voto vencedor em *“Keyishian v. Board of Regents of the University of the State of New York”*, in 385 U.S. 589, proferido em 1967), v.g. – achar-se-ia gravemente comprometido por uma progressiva concentração da propriedade dos meios de comunicação social, a ponto de autores como Jerome A. Barron (*“Access to the Media – A Contemporary Appraisal”* e *“Access to the Media – A New First Amendment Right”*) e Patrick Garry (*“The First Amendment and Freedom of the Press: A Revised Approach to the Marketplace of Ideas Concept”*) sustentarem que essa *“concentration of Media ownership”* culminaria por descaracterizar a velha noção expressa na metáfora do *“marketplace of ideas”*, cujo perfil, agora, deveria ceder à nova fórmula do *“revised marketplace model”*, que, em decorrência dos dilemas e distorções provocados pelo fenômeno do oligopólio dos meios de comunicação de massa, busca promover a realização de diversos objetivos que se projetam no plano da transindividualidade, assim identificados por Patrick Garry, no estudo que venho de referir: *“truth, individual and social interaction, citizen participation in public affairs and the maintenance of a non-monopoly press”*.

liberdade de informação à luz da função social, sob os efeitos irradiantes das normas constitucionais.²³⁰

Albino Greco anotou essa transformação da dimensão individual para a coletiva:

Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da Idade Moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação ... A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação social (arts. 220- 224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara "assegurado a todos o acesso à informação". É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, idéias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixa de ser mera função individual para tornar-se função social.
231

O dever de proteção estatal de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, nos termos do artigo 215, *caput*, da C.F/88, reflete, com efeito, o caráter coletivo ora referido da liberdade de informação. Este mesmo sentido, dentre outras normas, pode ser extraído do § 1º, também do artigo 215, segundo o qual o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. E do próprio artigo 216, *caput*, que erigiu à condição de patrimônio cultural brasileiro, os bens imateriais, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais.

Na legislação infraconstitucional, contempla-se um vasto microsistema de proteção à informação, podendo se fazer referência, exemplificativamente, ao Código de Defesa do Consumidor que, no artigo 6º, VII, dispõe que é direito básico do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica,

²³⁰ Sobre o caráter coletivo da liberdade de informação conferir GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

²³¹ GRECO, Albino *apud* SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 110-111.

administrativa e técnica aos necessitados, do que também se extrai a natureza coletiva do direito de acesso à informação,²³² a Lei de Resíduos Sólidos²³³ que, expressamente, consagra o princípio ambiental da participação comunitária, ao dispor, no artigo 6º, X, que são princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos o direito da sociedade à informação e ao controle social, e a Lei de Acesso à Informação²³⁴, que, em seu artigo 3º, prevê como diretrizes do acesso à informação a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e o desenvolvimento do controle social da administração pública.

José Afonso da Silva confere à liberdade de informação, por ele chamada de direito à informação, um caráter transindividual, ao afirmar que “[...] O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação”, pelo que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que “se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.” Para o referido autor, a dimensão coletiva do direito à informação pode ser extraída do artigo 5º, XIV²³⁵ e XXXIII²³⁶, da

²³² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF*, 12 set. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 21 set. 2015

²³³ BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF*, 3 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

²³⁴ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF*, 19 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

²³⁵ Artigo 5º, XIV, da CF/88: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

²³⁶ Artigo 5º, XXXIII, da CF/88: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Constituição Federal de 1988.²³⁷

Costuma-se afirmar, pois, que a liberdade de informação engloba um tríplice viés: o direito coletivo de informar, o direito individual de se informar e o direito também coletivo de ser informado. As expressões “direito de informar, de se informar e de ser informado” remontam à Constituição Portuguesa de 1976, que, no artigo 37, amplia a noção de liberdade de informação²³⁸, cujos efeitos decerto irradiaram na Constituição Federal de 1988. Na lição de José Afonso da Silva, a liberdade de informação “compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”²³⁹

Para Vidal Serrano Nunes Júnior, o direito de informar consiste na faculdade de veicular informações, ou, em outras palavras, no direito a meios para transmitir informações, como, a exemplo, o direito a um horário no rádio ou na televisão. Por sua vez, o direito de se informar é a faculdade que possui o indivíduo de buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. E o direito de ser informado refere-se também à faculdade do indivíduo de ser mantido integralmente e corretamente informado.²⁴⁰

A Ministra Cármen Lúcia, em voto apresentado no julgamento da ADI 4815-DF, esclareceu que o direito à informação, constitucionalmente assegurado como fundamental, se refere à proteção de se obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos, de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos. E nessa linha, afirma a Ministra que o direito à informação engloba a liberdade de informar, de se informar e de ser informado, sendo que o primeiro (liberdade de informar) refere-se à formação da opinião pública,

²³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 262.

²³⁸ Constituição Portuguesa de 1976. Artigo 37º. Liberdade de expressão e informação. 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. PORTUGAL. Constituição portuguesa. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

²³⁹ SILVA, op. cit., p. 241.

²⁴⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FTD, 1998. p. 732.

isto é, o juízo crítico de cada cidadão que haverá de livremente poder receber dados sobre assuntos que sejam de interesse da coletividade, incluindo aí pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, possam interferir no seu direito de saber, de aprender.²⁴¹

O segundo direito – o de ser informado –, segundo aponta a Ministra, concerne àquele que recebe o teor da comunicação, “tornando-se ator no processo de liberdade crítica e responsável pelas suas opiniões e, a partir delas, de suas ações.” Liberdade desinformada, nas palavras da Ministra, “é algema mental transparente, porém tão limitadora quanto os grilhões materiais. A corrente da desinformação não é visível, mas é sensível na cidadania ativa e participativa.” Citando Brecht, afirma: “o pior analfabeto é o analfabeto político. O direito de ser informado é a garantia da superação do analfabetismo político”.²⁴²

E o direito de se informar, conclui a Ministra, relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão, pois “coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões.”²⁴³ Não há, pois, como dissociar o tríplice viés – direito de informar, de se informar e de ser informado –, da liberdade de informação. Um liga-se automaticamente ao outro e, para que um exista, o outro também deve existir: são irmãos siameses.

A comunicação é um fenômeno natural do ser humano, pois o homem é um animal político e, como tal, é de sua essência viver em sociedade.²⁴⁴ Assim, o ser humano se forma no contato com o seu semelhante, de sorte que a liberdade de se comunicar é

²⁴¹ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da ADI n° 4.815-DF, p. 86. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF*, rel. Cármen Lúcia, j. j. 10/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²⁴² Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da ADI n° 4.815-DF, p. 86. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF*, rel. Cármen Lúcia, j. j. 10/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²⁴³ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da ADI n° 4.815-DF, p. 86. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF*, rel. Cármen Lúcia, j. j. 10/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

²⁴⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Escala, 2008. (Coleção Mestres Pensadores).

condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da socialidade, essencial do ser humano.²⁴⁵

David Berlo destaca que dificilmente podemos deixar de nos comunicar, com ou sem propósito conhecido, pois desde a infância aprendemos e praticamos as técnicas verbais e não verbais de influenciar ou manipular o ambiente. Esses padrões de comportamento se tornam tão habituais, que, muitas vezes, não percebemos a insistência com que procuramos manipular os nossos pares ao nos comunicarmos.²⁴⁶

Assim, feita estas considerações, para avançarmos nos contornos da liberdade de informação, entendamos, brevemente, o que se entende por comunicação: seu conceito e objetivos.

3.1 COMUNICAÇÃO: CONCEITO E OBJETIVOS

Comunicação deriva do termo latino *communicare*, que significa partilhar, participar algo, tornar comum, transmitir, repassar, divulgar, revelar algo. Diversos são os meios de se comunicar: a linguagem é apenas um dos códigos que usamos para exprimir as ideias.

Como ensina o escritor americano David Berlo, há diversas formas de comunicação não verbais: expressões faciais, movimentos das mãos e dos braços, sinais usados pelas pessoas para exprimir suas atitudes. É possível, segundo o autor, por mera expressão corporal, se traduzir quantos minutos se pode chegar atrasado a um encontro sem denotar desrespeito ou a que distância uma pessoa se mantém de outra para comunicar que a conhece, mas que não é sua amiga.²⁴⁷

Afirma-se, pois, que toda experiência requer comunicação. Damos e recebemos ordens, fazemos pedidos, atendemos aos pedidos de outros, aprendemos sobre fatos, como as

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 264.

²⁴⁶ BERLO, David K. *O Processo da Comunicação. Introdução à Teoria e Prática*. Tradução: Jorge Arnaldo Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 1.

coisas são feitas, destruídas e modificadas. Quando amadurecemos, começamos a estudar os próprios sistemas de comunicação: as organizações sociais, as relações econômicas, os valores culturais, todos construídos pelo homem usando como instrumento os comportamentos de comunicação. Mas, por que aprendemos sobre tais coisas? Por que nos comunicamos a respeito delas? Quais são os nossos objetivos ao nos comunicarmos?²⁴⁸

O objetivo básico da comunicação, no magistério de David Berlo, é a persuasão. Buscamos pela comunicação alterar as relações originais entre o nosso próprio organismo e o ambiente em que nos encontramos. É dizer, comunicar “é reduzir a probabilidade de que sejamos simplesmente um alvo de forças externas e aumentar a probabilidade de que nós mesmos exerçamos força.” Portanto, o objetivo elementar da comunicação é nos tornarmos agentes influentes, é “influenciarmos outros, nosso ambiente físico e nós próprios, é nos tornar agentes determinantes, é termos opção no andamento das coisas.”²⁴⁹

Berlo, referenciando-se à retórica de Aristóteles, a quem imputa como objetivo da comunicação a persuasão – tentativa de levar outras pessoas a adotarem o ponto de vista de quem fala –, propõe que devemos olhar sempre para três ingredientes na comunicação: quem fala, o discurso e a audiência. Cada um desses elementos é necessário à comunicação, de modo que a comunicação deve ser estudada sob estes três títulos: a pessoa que fala, o discurso que se faz e a pessoa que ouve. Para o autor americano, a comunicação possui quatro funções, às vezes, de forma superpostas: educar, informar, persuadir e divertir.²⁵⁰

É sob este tríplice viés – educar, informar, persuadir e divertir –, que se manifesta a liberdade de informação. Dito isto, cumpre traçar um breve panorama das fontes formais escritas – leis e tratados –, que, ao longo do tempo, tutelaram formalmente a liberdade de informação, para, em seguida, seguirmos no enfrentamento do problema.

3.1.1 Liberdade de informação e fontes normativas

²⁴⁸ BERLO, 2003, p. 11-12

²⁴⁹ BERLO, loc. cit.

²⁵⁰ Ibid., p. 14.

A liberdade de expressão, aqui referida, como visto, em sentido genérico como o direito de informar, de se informar e de ser informado, tríplice acepção importada da Constituição portuguesa de 1976²⁵¹, assim como a proteção à esfera privada da pessoa – privacidade, honra e imagem –, são amplamente protegidas, no direito externo, por diversos instrumentos de proteção de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dentre eles: a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana da ONU (1948)²⁵², o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (1966)²⁵³, incorporado, formalmente, pelo direito positivo interno, em 06/12/1992, pelo Decreto nº 592/92, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁵⁴ (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica²⁵⁵

²⁵¹ Constituição Portuguesa de 1976. Artigo 37º (liberdade de expressão e informação) 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. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

²⁵² Artigo 12: Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques Artigo 19: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Adotada e proclamada pela Resolução 217ª (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵³ Art. 17: 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. Art. 19: 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DA ONU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵⁴ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Artigo IV: Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio. Artigo V: Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

²⁵⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 11: Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. Artigo 13: Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de

No campo do direito interno, a Carta Imperial de 1824, no artigo 179, V²⁵⁶, garantiu a liberdade de manifestação de pensamento, vedou a censura, mas a limitou ao prever a responsabilidade por eventuais abusos praticados. A Carta no Brasil colônia não contemplou expressamente a proteção à vida privada, à honra ou à imagem, embora, como se pode notar, já tenha previsto a responsabilidade civil extracontratual decorrente do abuso do direito de informar. Tal ausência, contudo, não impede afirmar a sua proteção em sede constitucional como desdobramentos da proteção do direito à propriedade e do domicílio, como adiante, ao tratarmos da evolução histórica dos direitos da personalidade, será possível constatar.

A Constituição Republicana de 1891, no mesmo sentido que a Carta Imperial, assegurou, no art. 72, § 12²⁵⁷, a liberdade de manifestação de pensamento pela imprensa e pela tribuna, restringindo-a aos abusos, nos termos da lei. Trouxe, portanto, uma cláusula de reserva simples²⁵⁸. Registre-se que a Carta de 1891 também não tratou expressamente sobre direitos da personalidade à vida privada, à honra ou à imagem, embora possamos indiretamente, como já assinalado, extrair a sua proteção da tutela,

fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵⁶ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. 25 de mar. 1821. Art. 179, IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 fev. 1891. Artigo 72, § 12: Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵⁸ Cláusulas de reserva simples ocorre quando a norma constitucional confere à legislação infraconstitucional o poder de limitar um direito fundamental, sem, contudo, fixar a extensão destes limites. Neste caso, a expressão “nos termos da lei” é uma cláusula de reserva simples.

dentre outros, dos direitos fundamentais à propriedade (artigo 72, *caput*)²⁵⁹, e à inviolabilidade de correspondência (§ 18)²⁶⁰.

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, no art. 113, nº 9²⁶¹, também garantiu a ampla liberdade de expressão, limitada pela vedação ao anonimato e à propaganda de guerra ou de processos violentos, com o objetivo de subverter a ordem política ou social, destacando expressamente que “A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público”. Não houve, assim como ocorreu na Carta Imperial de 1824 e na Carta Republicana de 1891, preocupação do Poder Constituinte de tutelar expressamente a esfera privada – vida privada, honra e imagem da pessoa, embora também tenha contemplado o direito de resposta e a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito.

Outorgada em 10 de novembro de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, assegurou, apenas formalmente, dada a supressão do regime democrático, dentre os direitos e garantias individuais –, a manifestação de pensamento, oral ou escrita, impressa ou por imagens, desde que atendidas as limitações prescritas em lei que, por expressa autorização constitucional, poderiam, para garantir a paz, a ordem e a segurança pública, realizar censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão. No mesmo sentido, estava a lei autoriza pela Constituição a impor medidas para impedir manifestações contrárias à “moralidade pública” e aos “bons costumes”, assim como destinadas à proteção da infância e da juventude e do interesse público, do bem-estar do povo e da segurança do Estado.²⁶²

²⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 fev. 1891. Art.72, *caput*: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes.

²⁶⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 fev. 1891. Art.72, § 18: É inviolável o sigilo da correspondência.

²⁶¹ BRASIL. *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 16 jul. 1934. Artigo 113. 9): Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁶² BRASIL. *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

A Constituição Federal de 1946²⁶³, no art. 141, § 5º, reproduziu quase na integralidade a redação do artigo 113, nº 9, da Constituição de 1934, inclusive quanto à publicação de livros e periódicos independentemente de licença do Poder Público.

Na vigência da Constituição de 1946, sobreveio o rompimento do Estado democrático e da estabilidade política com o Ato Institucional nº 2 de 1966 que alterou o § 5º, do artigo 141, daquela Carta, dispondo, em seu art. 12 que “Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.” Esta mesma cláusula restritiva fora inserida na Carta outorgada em 24/01/1967, no § 8º, do seu artigo 153²⁶⁴, cuja redação fora dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Ainda na vigência da Constituição meramente formal de 1967, substituída pela Constituição de 1969, dados os amplos efeitos da Emenda nº 1, foram editados, dentre outros provimentos contrários à liberdade de expressão e de imprensa, o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968²⁶⁵, que se sobrepôs ao texto outorgado como Emenda nº 1, de 1969, cuja ementa²⁶⁶ dispunha sobre a manutenção da Constituição de 1967 e a possibilidade de intervenção nos estados e municípios e a suspensão de direitos políticos.

²⁶³ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 18 set. 1946. Art. 141, § 5º: É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁶⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 out.1969. Artigo 153, § 8º: É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁶⁵ BRASIL. *Ato Institucional nº 5*. 13 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁶⁶ Ementa: São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Ibid.

A ordem constitucional rompeu com o regime democrático de governo, restringindo a liberdade de expressão por norma diretamente constitucional.²⁶⁷ Na prática, a lei era a da “mordaca”.

Superado o regime ditatorial de governo, promulgou-se, no Brasil, em 05/10/1988, legitimamente e sob o regime democrático, a Constituição da República de 1988, fortemente influenciada pelos valores de proteção da pessoa humana²⁶⁸ e, por via reflexa, dos direitos fundamentais. A constitucionalização do direito privado²⁶⁹ leva ao texto constitucional a proteção dos direitos da personalidade, dentre eles, o da proteção à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra, e das liberdades de opinião e de pensamento, de expressão de atividade intelectual, artística, científica, de comunicação, de informação jornalística ou de imprensa e, também, do direito difuso da cidadania à informação.

A proteção da esfera privada da personalidade restou garantida, de forma inaugural no texto constitucional, com promulgação da Constituição de 1988, que, no artigo 5º²⁷⁰, incisos V, X e artigo 220, §§ 1º, 2º e § 6º²⁷¹, não apenas tutelou materialmente a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, mas também, procedimentalmente, previu os instrumentos necessários à sua salvaguarda: direito de

²⁶⁷ BRASIL. *Ato Institucional n.º 5*. 13 dez. 1968. Art. 5º: A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política.

²⁶⁸ FARIAS, 2000. “Imbricado ao valor da pessoa humana está o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este significa a objetivação em fora de proposição jurídica do valor da dignidade do homem. [...] O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais”

²⁶⁹ O fenômeno da constitucionalização do direito será aprofundado mais adiante neste pesquisa.

²⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015. Artigo 5º: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; 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;

²⁷¹ Ibid. Artigo 220: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 6º: A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

resposta, ressarcimento material e moral, consolidando a proteção já conferida por leis infraconstitucionais e pela jurisprudência.

Sob os efeitos de um regime democrático, a Constituição Federal de 88 tutelou, de forma ampla, os direitos fundamentais *prima facie* à liberdade de pensamento, de expressão, de atividade intelectual, artística, cultural, científica, de comunicação, de crença religiosa, vedando o anonimato e a censura.

O artigo 220, § 1º, por sua vez, prevê 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 artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, franqueando, ainda, a proteção contra censura no § 2º, ao dispor que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Como se vê, a própria norma constitucional, em alguns momentos, trouxe cláusulas restritivas e, em outros, reservas simples e qualificadas, conferindo à norma infraconstitucional a possibilidade de restringir à liberdade de expressão e a proteção da esfera privada. Ainda que assim não o fizesse, a própria natureza principiológica destes direitos fundamentais já autorizaria a sua restrição na hipótese de colisão.

Feitas estas considerações, passemos à investigação constitucional e doutrinária sobre as liberdades de manifestação de pensamento e de opinião, a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade de informação jornalística ou de imprensa, o direito de sátira e o discurso do ódio (*hate speech*), referindo-nos sempre a relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre os temas.

3.1.1.1 Liberdade de manifestação de pensamento e de opinião

A liberdade de manifestação de pensamento e de opinião é comumente chamada pela doutrina como liberdade de expressão.²⁷² São muitos os fundamentos que legitimam a liberdade de manifestação de pensamento e de opinião ou de expressão. Gilmar Mendes e Paulo Branco, citando a obra *El derecho de la libertad*, de Pablo Salvador Coderch, afirma que “a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido”; em uma visão democrática a “plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e suas interpretações, e com isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes”; em uma visão democrática, o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder, a liberdade de expressão é instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático, pois o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre; a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle da atividade política; em uma visão humanista, a liberdade de expressão é corolário da dignidade humana.²⁷³

Stefano Rodotà refere-se ao direito de ver divulgadas notícias como “*information right*” que se amplia na atualidade rumo ao “*right to democracy*” como premissa para uma presença efetiva dos cidadãos no interior das organizações sociais e políticas, pois, citando Bobbio, na medida em que a democracia se pretende realmente ser um “governo do povo”, não pode ser senão um “governo em público, um governo do poder visível”.²⁷⁴

A liberdade de pensar, por si só, não é o suficiente para garantir a autorrealização e autodeterminação da pessoa humana. Além de pensar, deve ela poder exteriorizar a sua opinião, a sua crítica, revelando o seu conteúdo, comunicando-se com o próximo seja para educar, informar, persuadir ou apenas divertir. E, por isso mesmo, além de se garantir a liberdade de pensar, devem-se tutelar os meios de se expressar. A liberdade de manifestação de pensamento, de opinião ou de expressão tutela toda convicção,

²⁷² Nesse sentido conferir MENDES; BRANCO, 2014.

²⁷³ Ibid., p. 264.

²⁷⁴ RODOTÀ, 2008, p. 45.

comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância de valor, não abrangendo, contudo, a violência.

Enquanto não exterioriza o seu pensamento, irrelevante se torna para o direito. Não é sequer um ato jurídico, pois efeitos não produzem no mundo jurídico. Está longe do poder social, sendo de conhecimento apenas do titular deste pensamento. Segundo lição de Pimenta Bueno, a “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus.”²⁷⁵

Assim, a liberdade assegurada não é apenas a de pensamento e de opinião, pois esta se refere apenas ao interior, mas antes a expressão desta manifestação, isto é, a liberdade de se expressar sem controle prévio do Estado ou do particular.

A liberdade de opinião, segundo José Afonso da Silva, consiste nas várias formas de expressão da liberdade de pensamento, pelo que é chamada de liberdade primária e ponto de partida das demais.²⁷⁶ A liberdade de opinião é a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo quer seja a tomada de posição pública.²⁷⁷ No âmbito interno, como pensamento íntimo, a C.F/88 garante a liberdade de opinião como liberdade de consciência e de crença que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII).

René Ariel Dotti, na obra *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, afirma que “a liberdade de informação se caracteriza, no plano individual, como expressão das chamadas liberdades espirituais”, assemelhando-se, portanto, à liberdade de opinião e à manifestação de pensamento.²⁷⁸ A liberdade de opinião, como aspecto externo, se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão

²⁷⁵ BUENO, Pimenta *apud* SILVA, 2007, p. 241.

²⁷⁶ SILVA, 2007, p. 241.

²⁷⁷ SILVA, loc. cit.

²⁷⁸ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 156.

intelectual, artística científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento.²⁷⁹

Dito isto, podemos afirmar os modos de expressão da liberdade de expressão ou da comunicação são múltiplos, não se cingindo a palavras escritas. O STF, ao deliberar sobre o direito à realização de passeatas a favor da descriminalização da maconha – “marcha da maconha” –, entendeu ser ali uma forma de liberdade de expressão por meio do direito de reunião, não podendo ser proibida tampouco criminalizada como apologia ao uso de drogas ilícitas.²⁸⁰

Tutelando a ampla expressão do pensamento, o STF julgou procedente a ADI n° 1969-4/DF, para declarar a inconstitucionalidade de Decreto n° 20.098/1999, do Governador do Distrito Federal, que, ao disciplinar manifestações públicas, proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas realizada na Praça dos Três Poderes, em Brasília, ao fundamento de que tal medida seria necessária “ao bom funcionamento dos órgãos públicos” e de que “a questão da livre reunião merece um disciplinamento, de modo que esteja sempre presente o respeito mútuo, sem que sejam agredidos os postulados básicos da democracia.” Para o STF, o Decreto n° 20.098/1999 violou o direito de reunião e de liberdade de expressão que são autoaplicáveis e que, em nome da democracia, não se poderia agredir os princípios e valores que verdadeiramente o sustentam.²⁸¹

Segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, a proteção constitucional à liberdade de manifestação de pensamento compreende, não somente o conteúdo a ser manifestado,

²⁷⁹ SILVA, 2007, p. 243.

²⁸⁰ No julgamento da ADPF n° 187-DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, o Plenário do STF entendeu que o artigo 287 do Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição, de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas. O dispositivo tipifica como crime fazer apologia de “fato criminoso” ou de “autor do crime”. O voto do decano da Corte, ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente pelos colegas. Segundo ele, a “marcha da maconha” é um movimento social espontâneo que reivindica, por meio da livre manifestação do pensamento, “a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 187-DF*. rel., Min. Celso de Mello Brasília. j. 15/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1969-4-DF*, rel., Ministro Ricardo Lewandowski, j. 05/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1969&processo=1969>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

mas, antes, os meios de expressão, cuja dimensão também é ampliada, alcançando, nos dias atuais, a inviolabilidade, por exemplo, das correspondências eletrônicas.²⁸² Neste particular, ousamos discordar da posição do constitucionalista, pois a inviolabilidade de correspondência, física ou eletrônica, decorre sobremaneira da proteção *prima facie* à privacidade e à intimidade do cidadão e não da liberdade de expressão. O ato de autorizar ou não o uso deste instrumento de comunicação – *Internet* –, este sim seria um abuso à liberdade de expressão, mas não a violação ao seu sigilo.

Assim, é de se afirmar que a liberdade de manifestação de pensamento e de opinião – equiparada nesta pesquisa como sinônimo de liberdade de expressão –, consiste em direito fundamental *prima facie* que tutela o livre pensamento, em todas as suas formas de criação, e garante as mais diversas formas de exteriorização, livre de censura pública ou privada. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição Federal de 1988.

3.1.1.2 Liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação

O Constituinte de 1998 previu, enquanto desdobramento da liberdade de informação, o direito fundamental *prima facie* a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de conhecimento (artigo 5º, IX, da CF/88). Para determinadas expressões artísticas, o Constituinte conferiu ampla liberdade, tais como as artes plásticas, a música e a literatura. Outras manifestações artísticas, no entanto, estão sujeitas a uma “limitação”, pela regulamentação estatal em razão do interesse difuso.

No capítulo reservado à Comunicação Social, notadamente no artigo 220, § 3º, da Constituição Federal, confere-se à lei – reserva de lei qualificada –, o poder de regular diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada, como também estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460-461.

programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

A expressão cultural encontra-se intimamente ligada à expressão artística. A Constituição Federal dedica um capítulo sobre a cultura, o que revela a sua importância enquanto valor – patrimônio material e imaterial –, de modo que o Poder Público deve incentivar e apoiar, através inclusive de políticas públicas de fomento, a valorização e a difusão de manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro, em obséquio, aliás, às normas dos artigos 215 e 216 da C.F/88.

Pela relevância da manifestação cultural, inclusive para o desenvolvimento socioambiental, a E.C nº 48/2005, ao inserir a norma do § 3º, no artigo 215, da C.F/88, previu o Plano Nacional de Cultura, instituída pela Lei 12.343/2010, que, dentre outros princípios, prevê: a liberdade de expressão, criação e fruição, a diversidade cultural, o direito de todos à arte e à cultura, o direito à informação, à comunicação e à crítica cultural, a responsabilidade socioambiental e o direito à memória e às tradições.²⁸³

Podemos afirmar, pois, que o Poder Público pode regulamentar – por expressa autorização da norma constitucional –, o exercício da manifestação artística e cultural, em especial dos serviços descentralizados por permissão ou concessão, tais como a transmissão sonora e de sons e imagens, através de classificação indicativa. Esta regulamentação – porque autorizada pelo próprio texto constitucional – não configura, em nosso sentir, censura, mas, antes, mera restrição a um direito fundamental *prima facie*.

Sobre a liberdade de manifestação artística e cultural, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre os seus limites e restrições, no julgamento do *Habeas Corpus nº 83996*, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. Na oportunidade, o STF entendeu que a reação de um artista que, vaiado pela plateia, mostrou as nádegas em um

²⁸³ BRASIL. Lei 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 dez. 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112343.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

ambiente não aberto ao público em geral, mas restrito a pessoas abertas a receber manifestações de natureza artística de teatro, não configura crime de atentado ao pudor, mas, antes, manifestação da liberdade de expressão artística assegurada pelo artigo 5º, IX, da CF/88.²⁸⁴

É de se observar, pois, que os instrumentos de manifestação cultural, artística, científica e intelectual são amplíssimos, dentre os quais decerto se encontram as obras do gênero biográfico, pois, a partir de relatos de vida, contam-se trajetórias históricas de segmentos importantes para o conhecimento popular: arte, história, música, esporte, política, exemplificativamente.

3.1.1.3 Liberdade de informação jornalística ou de imprensa

A liberdade de informação jornalística, comumente chamada de liberdade de imprensa – expressões, neste trabalho, usadas como sinônimas –, traduz a expressão coletiva do direito de informar. É o poder-dever que detêm os mais diversos meios de comunicação social, escritos ou digitais, de sons ou imagens, *sites*, *blogs* e aplicativos, de grande ou de pequena circulação, de contar, retratar, interpretar e opinar sobre fatos de interesse da coletividade ocorridos no mundo.

No magistério de José Afonso da Silva, a liberdade de informação jornalística de que fala o artigo 220, § 1º, da Constituição Federal não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta estaria ligada apenas à publicação de veículo impresso de comunicação. A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social.²⁸⁵

O Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADPF nº 130-DF, manifestou-se sobre o direito de informar da imprensa, destacando que a liberdade de informação jornalística se traduz nos atos de comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 83996/RJ, rel. Gilmar Ferreira Mendes, j. 17/08/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Habeas+Corpus+83996%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/opx4tbk>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²⁸⁵ SILVA, 2007, p. 246.

ocorrências fáticas; e o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos.²⁸⁶ Para o Ministro, os meios de exteriorização da liberdade de imprensa reclamam uma interpretação extensiva, abrangendo editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral, por modo especial as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão, pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias, acompanhamento de atos do Poder e da economia do País, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário.²⁸⁷

Decerto que a liberdade de informação jornalística hoje é vista sob novas lentes do Direito, repaginada, sob a incidência de normas constitucionais, das quais emana a própria função social da comunicação.

A liberdade de informação jornalística não é apenas a liberdade da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade deles é reflexa, pois só existe e se justifica na medida dos direitos dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. Quer-se dizer, a liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la.²⁸⁸

José Afonso da Silva, citando Albino Greco, afirma que os donos dos meios de comunicação e o jornalista têm um “direito-dever”, pois, ao tempo em que possuem o direito subjetivo de exercer a profissão livre de amarras do Estado, têm dever de informar à coletividade acontecimentos e ideias de forma objetiva, sem lhes alterar a

²⁸⁶ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na ADPF n° 130-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

²⁸⁷ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na ADPF n° 130-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

²⁸⁸ SILVA, 2007, p. 246-247.

verdade ou lhes esvaziar o sentido original, pois, do contrário, se terá não informação, mas deformação.²⁸⁹

E destaca que, com o desenvolvimento da tecnologia na atualidade que permite a mais ampla transmissão de informações, notícias, ideias, doutrinas e até mesmo sensacionalismos, os meios de comunicação social – imprensa escrita, sonora e audiovisual –, possuem um grande poder na formação da opinião pública, de sorte que os meios de comunicação possuem hoje também grande função social que consiste, em primeiro lugar, em transmitir às autoridades constituídas a autoridade e a vontade popular, colocando-se quase como um quarto poder, ao lado Legislativo, do Executivo e do judicial, e, em segundo lugar, em assegurar a própria expansão da liberdade humana.²⁹⁰

Sustentamos, nesta investigação, que meios de comunicação devem atender à função social da comunicação que, em nosso sentir, consiste no cumprimento de uma responsabilidade democrática, isto é, de transmitir informações objetivas e mais próximas possíveis da verdade. O descumprimento da função social, por via reflexa, ocorre quando não se observam os limites desta liberdade impostos pela própria norma constitucional, tal como, por exemplo, a cláusula restritiva da vedação ao anonimato²⁹¹, gerando ao ofendido direito à reparação civil, tais como exercício do direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem, assim como sujeição do ofensor às penas legalmente cominadas no âmbito criminal, no caso, por exemplo, de prática de crimes contra a honra: injúria, difamação ou calúnia.

A liberdade de informação jornalística ou de imprensa envolve também a escolha dos meios de exteriorização do pensamento que são, de forma não exaustiva, os livros, os jornais, periódicos – impressos ou digitais –, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Cada um destes meios de comunicação estão sujeitos a um regime jurídico próprio. No caso de livros, jornais e outros periódicos, a Constituição Federal é clarividente, no seu artigo 220, § 6º, ao prever que não dependem de qualquer autorização prévia. Os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, por sua vez,

²⁸⁹ GRECO, Albino *apud* SILVA, 2007, p. 247.

²⁹⁰ GRECO, Albino *apud* SILVA, loc. cit.

²⁹¹ Em matéria jornalística não assinada, o diretor do veículo de comunicação responde pessoalmente por eventuais danos a terceiros.

por serem sua exploração de competência da União²⁹², reclamam a concessão de permissão ou autorização prévia, o que, como visto, não se configura qualquer uma das modalidades de censura.

Em dissertação de Mestrado intitulada *A Tutela Preventiva dos Direitos da Personalidade à Liberdade de Informação Jornalística*, Felipe Ventin da Silva esclarece que a liberdade de imprensa é capaz de ditar costumes, direcionar o mercado e a política de um país:

Portanto, a liberdade de imprensa, ou como preferiu o legislador constituinte, liberdade de informação jornalística, é na verdade um direito instrumental da liberdade de manifestação do pensamento e também da liberdade de informação. É a imprensa que desempenha o papel de oferecer o “menu” diário do que se discute em um país, seja na política, no esporte ou no entretenimento. Ela oferece uma gama de informações que serão apreciadas e discutidas em todos os âmbitos de uma sociedade. E essa informação não é neutra, nem mesmo imparcial, pois a imprensa também é intérprete dos fatos e qualquer interpretação é formada por compreensão e pré-compreensão.²⁹³

A liberdade de informação jornalística encontra dentre as suas principais restrições a proteção da esfera privada do indivíduo – privacidade, intimidade, honra, imagem, esquecimento.

Ao julgar a ADPF n° 130, aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, reconheceu a amplitude do direito fundamental *prima facie* à liberdade de imprensa, sem olvidar, contudo, para a reafirmação da proteção dos direitos da personalidade à proteção da esfera privada através responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social por abusos praticados. O Ministro Ayres Brito, então relator, nesse sentido, consignou:

Sem maior esforço mental, portanto, vê-se que a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil

²⁹² Artigo 21, XII: explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;. Artigo 223: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

²⁹³ SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela Preventiva dos Direitos da personalidade a Liberdade de Informação Jornalística*. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado Relações Sociais e Novos Direitos) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 63.

globalizada: *sociedade de informação*, também chamada de *sociedade de comunicação*. Preservada a amplitude massiva dos seus destinatários ou público alvo e sempre na perspectiva da encarnação de um direito-dever inarredável: o da instância por excelência do pensamento crítico ou emancipatório. Ele próprio, pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, o que termina por forçar a imprensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade. 26. Convém insistir na afirmativa: por efeito dessa relação de mútua e benfazeja influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social. Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros. Tudo a possibilitar a formação de uma confortável clientela ou corpo de destinatários, que vai eficazmente contrabatendo, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado. Seletividade, de sua parte, que opera como antídoto social que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios da imprensa dita burguesa; quer dizer, resquício de um modelo de imprensa que investe no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o insidioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil. Argentário. Também assim, antídoto contra os desvarios sensacionalistas, o açodamento do "furo de reportagem" (o escritor e jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira bem o diz), a superficialidade e até mesmo a chantagem, que ninguém é ingênuo ou alienado ao ponto de não admitir que profissionais e órgãos de imprensa ainda estão sujeitos, sim, àquelas vicissitudes que Rui Barbosa tão bem denunciou com estas palavras, na conhecida monografia "A Imprensa e o Dever da Verdade"

Nota-se, pois, que a principal limitação da liberdade de imprensa é a proteção da personalidade humana. A vida privada, a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo são valores muito caros na atual "sociedade da informação". Não há como olvidar que relações profissionais, familiares ou de amizade são diretamente afetadas por informações do presente ou do passado que circulam nos meios de comunicação impressos ou digitais. O fato é que o direito à informação vem gradativamente se transformando e, na era "pós-moderna"²⁹⁴ –, informações circulam em segundos esfera global.

Que o direito à informação é uma garantia indispensável à liberdade, à formação da personalidade individual e coletiva, ao regime democrático, à formação da cultura, dos costumes, da política, do desenvolvimento crítico, literário e artístico da sociedade, não

²⁹⁴ Vale observar grande celeuma e críticas a expressão "pós-modernidade", pois, para muitos autores, ela se refere à própria modernidade sob nova perspectiva das ciências sociais. Feita esta advertência, não nos ocuparemos desta discussão pela extensão e objetivo deste trabalho. Para maior aprofundamento, conferir BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

se discute. Contudo, o exercício desta liberdade de informação não é irrestrito, em especial nos dias atuais, em que a difusão de informações ocorre em velocidade não acompanhável, não se resumindo aos jornais impressos, mas, sobretudo, à era digital da *Internet*.

Novamente caímos nos limites ou restrições da liberdade de expressão. Até que ponto se deve considerar uma manifestação lícita e até que ponto ela se torna um abuso de direito, passível de controle estatal? Os atos jocosos usados em sátiras, muitas, aliás, de péssimo gosto, estão acobertados pela liberdade de imprensa? Discursos que suscitam atos concretos de violência também estariam acobertados pela liberdade de expressão? Sobre estes limites, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é que ora nos propomos a investigar.

3.1.1.4 Direito de sátira e liberdade de expressão

Tema de bastante relevo que se trava, na atualidade, quanto aos limites da liberdade de expressão e a proteção da honra e da imagem, refere-se às diversas manifestações artísticas e culturais traduzidas pelo humor. O humor, no magistério de Jan Bremmer e Herman Roodenburg consiste em “qualquer mensagem – expressa por atos de palavras, escritos, imagens ou músicas, cuja intenção é de provocar um riso ou um sorriso”.²⁹⁵

As sátiras, assim como a comunicação em geral, são exteriorizadas das mais diversas formas, dentre elas a paródia, a charge, a caricatura, os quadrinhos, as anedotas e os pastiches.²⁹⁶ Através do humor, sempre com finalidade cômica, satírica, engraçada ou jocosa, o transmitente da informação expressa o seu pensamento, a sua opinião crítica sobre determinado fato social, político, econômico ou religioso, no entanto, diante de determinadas circunstâncias, pode abusar desta liberdade e violar a imagem e a honra do

²⁹⁵ BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman. Introdução: humor e história. In: BREMMER, Jan; ROODENBURG (Orgs.). *Uma história cultural do humor*. Tradução: Cynthia Azevedo e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 13.

²⁹⁶ Nesta investigação, pela sua dimensão não aprofundaremos na distinção das diversas formas de expressão de humor - paródia, charge, caricatura, quadrinhos, anedotas ou pastiches. Para maior aprofundamento, conferir ANJOS, Marco Antônio dos. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. 2009. 128 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Dr.%20Andr%C3%A9/Downloads/Microsoft_Word_Tese_Marco_Antonio_dos_Anjos_versao_com%20(1).pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

retratado.

Há referências do exercício da sátira já no século IV a.C. Como gênero literário, a sátira foi definitivamente estabelecida, para além do dramático e do teatral, na obra do poeta romano Horácio que, em suas sátiras, criticava os costumes sociais e o governo à época.²⁹⁷ A paródia, como conhecida atualmente – forma de imitação cômica de uma obra original –, teve como marco a obra de *Dom Quixote* de Miguel Cervantes (1547-1616)²⁹⁸

Que sátiras humorísticas são uma das formas de expressão da liberdade de opinião e de pensamento parece certo. No entanto, o abuso de conteúdos humorísticos pode causar reflexos no desenvolvimento da personalidade da pessoa retratada com ridículo ou, até mesmo, de um grupo social quando o ato cômico se volta ao símbolo de uma religião, de um clube esportivo ou de um país. A grande questão posta à hermenêutica jurídica contemporânea é: quais são as “precedências condicionadas” – circunstâncias fáticas –, que autorizam o sopesamento do direito de sátira e quais protegem à honra da pessoa retratada.

A discussão, no Brasil, ganhou novos contornos após o Tribunal Superior Eleitoral editar a Resolução nº 23.191/2009, com base na Lei Eleitoral – Lei 9504/97, que vedava as emissoras de rádio e de televisão de usarem trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradasse ou ridicularizasse candidatos ou partidos políticos.

A Associação Brasileira de Rádio e Televisão – ABERT –, ajuizou a ADI 4451-DF²⁹⁹, buscando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III, do artigo 45 da Lei Eleitoral³⁰⁰. O Ministro Carlos Ayres Brito, então relator, deferiu medida cautelar,

²⁹⁷ COELHO, Ivana Pedreira. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98.

²⁹⁸ ANJOS, 2009, p. 11.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 02/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³⁰⁰ BRASIL. Lei nº 9.504/97, art. 45: A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

posteriormente referendada, por maioria, pelo Tribunal, para suspender as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º, do mesmo artigo da Lei Federal nº 9.504/97 (Lei Eleitoral)³⁰¹

Em decisão cautelar, o Ministro Carlos Ayres Brito destacou:

[...] não há vedação legal *prima facie* à liberdade comunicativa dos artistas, humoristas e atores de stand up comedy no espaço público alheio ao modelo de outorgas de serviços de radiodifusão. A atuação das liberdades comunicativas, fora do campo específico da comunicação social dependente de prévia outorga estatal, é livre. Aliás, sempre o foi. Nesse âmbito, estão artistas, humoristas, atores de stand up comedy e toda a sorte de agentes culturais que exercem seus misteres, a título profissional ou amador, nas ruas, nas praças, nos teatros, nos jornais, nas revistas, em shows e, principalmente, na internet.³⁰²

Lado outro, enfatizou que o controle faz-se pelo excesso, quando se ultrapassa a fronteira do abuso de direito, na hipótese de um jornalista usar de sua condição para dissimuladamente propagandear um candidato e, com isso, gerar a ruptura do princípio da isonomia dos sufrágios.

A decisão da egrégia Corte Suprema, ainda em cognição sumária, mostra-se consentânea com a proteção *prima facie* conferida à liberdade de expressão. Agentes políticos são pessoas públicas e exercem função cuja natureza, em essência, atrai a atenção coletiva. O humor é uma das formas de exteriorização de pensamento e opinião, cuja tutela é necessária para a construção de juízo crítico. Não é dizer que os agentes políticos não gozem de proteção à esfera privada da personalidade, mas esta proteção decerto é mitigada, notadamente no caminhar do processo eleitoral.

Assim, ao se aplicar a “lei de colisão”, é factível afirmar que, dentre os “precedentes condicionados” favoráveis à liberdade de informação pelo humor, estão: a condição de agente ou candidato a cargo político, cuja função é de interesse coletivo; a circunstância temporal do período eleitoral; a ausência de intenção de beneficiar ou prejudicar um

³⁰¹ O voto do Ministro Carlos Ayres Brito pode ser consultado na íntegra em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³⁰² O voto do Ministro Carlos Ayres Brito pode ser consultado na íntegra em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>>, p. 9. Acesso em: 27 ago. 2015.

candidato e, em última análise, de interferir na isonomia do sufrágio.

Em 2001, o jogador Romário foi condenado pela 17ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a pagar indenização ao ex-técnico da seleção brasileira, Zagallo, e ao ex-auxiliar técnico, Zico, após ter mandado pintar na porta do banheiro de um bar de sua propriedade na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, duas caricaturas em que Zagallo aparecia sentado em um vaso sanitário e Zico segurava um rolo de papel higiênico.³⁰³ As caricaturas foram desenhadas após Romário ter sido cortado em 1998 da equipe que disputaria naquele ano a Copa do Mundo de Futebol.

É de se ver que, neste caso, embora o âmbito de proteção das normas constitucionais fosse o mesmo, ao se aplicar a “lei de colisão”, conferiu-se maior peso à proteção da esfera privada da personalidade, pois a manifestação crítica pelo humor, longe de possuir um viés informativo, revestiu-se de intenção difamatória, o que decerto configurou o abuso do direito de informar.

Outro caso da jurisprudência que merece citação refere-se à ação judicial intentada por Eugênia Cecília Smith de Vasconcellos Aragão e Maria Cecília Smith de Vasconcellos Aragão contra o cartunista Ziraldo, em que buscavam reparação civil por dano moral decorrente de publicação por cartunista da revista “Bundas”, na qual fazia uma paródia do Castelo de Itaipava com o Castelo de Bundas, satirizando o Barão Smith de Vasconcellos, um dos seus idealizadores, cuja fortuna teria sido construída com os lucros de uma fábrica de papéis higiênicos. Satirizava a Revista Caras, a qual mantém um castelo onde recebe pessoas famosas e ricas por temporada. As autoras alegaram na ação que a edição da revista humorística “Bundas” teria exposto ao ridículo o nome do pai e do avô das requerentes. A sentença de 1ª instância e o Acórdão do Tribunal de Justiça negaram provimento à pretensão das autoras. No Recurso Especial nº 736.015/RJ³⁰⁴, a Ministra Nancy Andrighi, então relatora, destacou que não cabe ao Poder Judiciário exercer crítica sobre o nível e o talento humorístico dos seus autores, de modo que a tarefa de aferir a “inteligência” do humor praticado cabe apenas aos

³⁰³ ROMÁRIO é condenado a indenizar Zico e Zagallo por caricaturas. *Folha de S. Paulo*, Rio de Janeiro, 07 fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u13258.shtml>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³⁰⁴ O inteiro teor do voto pode ser encontrado em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1759986&num_registro=200500481507&data=20050701&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 ago. 2015.

setores especializados da imprensa. O Poder Judiciário deve se limitar, tão somente, a aferir se houve ou não ofensa aos direitos da pessoa:

A questão paralela posta pelas recorrentes, a respeito do 'nível' do humor praticado pelo periódico – apontado como 'chulo' – não é tema a ser debatido pelo Judiciário, uma vez que não cabe a este órgão estender-se em análises críticas sobre o talento dos humoristas envolvidos; a prestação jurisdicional deve se limitar a dizer se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação. Não cabe ao STJ, portanto, dizer se o humor é 'inteligente' ou 'popular'. Tal classificação é, de per si, odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma, mas em função do público que a consome, levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são, necessariamente, pejorativos, vulgares, abjetos, se analisados por pessoas de formação intelectual 'superior' – e, só por isso, já dariam ensejo à compensação moral quando envolvessem uma dessas pessoas, categoria na qual as recorrentes expressamente se incluem logo na petição inicial do presente processo (fls. 05). A tarefa de examinar aquilo que se poderia chamar de 'inteligência' do humor praticado cabe, apenas, aos setores especializados da imprensa, que concedem prêmios aos artistas de acordo com o desempenho por eles demonstrado em suas obras.³⁰⁵

O atentado terrorista, cuja autoria fora assumida por membros do Estado Islâmico, contra o jornal satírico francês *Charlie Hebdo*, em 07 de janeiro de 2015, em Paris, em resposta à publicação de charges depreciativas do profeta Maomé³⁰⁶, que resultou na morte de doze pessoas e na lesão de outras cinco, resgatou a discussão sobre os limites da liberdade de expressão através do humor, em especial sátiras religiosas, utilizando-se de símbolos e imagens que incitam a violência.

Sem olvidar para o importante papel crítico que reveste as mais diversas formas de exteriorização do humor, dentre elas a paródia, a charge, a caricatura, os quadrinhos, as anedotas e os pastiches, a exposição de símbolos ou imagens sagradas, religiosas, em situações de absoluta humilhação, incita o ódio e a violência social, cujos efeitos são sentidos por toda a coletividade, e não apenas pelos seus autores ou pelos veículos de comunicação social responsáveis pela sua divulgação. Ameaças e atos de terror

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 736.015/RJ*, 3° Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/06/2005.

³⁰⁶ O jornal publicou diversas charges polêmicas. Na primeira, retratou o profeta Maomé beijando um cartunista acompanhado do texto “o amor, mais forte do que o ódio”. Em outra, capa de setembro de 2012, sob o título “Intocáveis”, mostra um rabino empurrando um muçulmano numa cadeira de rodas, com o alerta “não se deve zombar”. Capa do jornal, em julho de 2013, mostra um muçulmano sendo alvejado por vários projéteis de bala com a frase “O Corão é uma merda” e o aviso: “Ele não para balas”. A capa do jornal de novembro de 2012 satiriza o Cristianismo ao ironizar a Santíssima Trindade, o Pai, o Filho e o Espírito Santo, trazendo o tema casamento gay. PRAGMATISMO POLÍTICO. *As 6 charges mais polêmicas do Charlie Hebdo*. 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/charges-mais-polemicas-da-charlie-hebdo.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

perpetuam o medo coletivo, pelo que, neste particular, aplicando-se a lei de colisão, a liberdade de manifestação artística pelo humor deve sofrer restrição, conferindo-se maior peso à proteção da esfera privada coletiva (dano moral coletivo) por violar a honra ou a imagem de símbolos religiosos.

No magistério de Gilmar Mendes e Paulo Branco, a charge política, embora não seja uma modalidade de jornalismo que costume agradar o retratado, tem sido admitida, em princípio, como lícita manifestação de expressão, pois o intuito de crítica pelo riso é ínsito à forma jocosa. Mas o grau de tolerância à charge depende do sentimento geral da sociedade em relação à crítica traduzida em charge.³⁰⁷

O fato é que, diante deste cenário de colisão de direitos fundamentais, em que há uma tênue linha que separa o exercício legítimo da liberdade de expressão por meio do humor e o abuso de direito, fórmulas prontas – apriorísticas –, previamente encontradas no âmbito de proteção do direito fundamental não parece ser possível. Os “precedentes condicionados” a que se refere Alexy na lei de colisão deverão nortear a visão do intérprete quando se depara com a liberdade de sátira e a proteção da esfera privada.

Sem embargo, a finalidade que se busca atingir com a sátira é o precedente condicionado mais importante que deve o intérprete tentar alcançar ao longo da instrução processual, pois, se nitidamente depreciativa e, no caso de eleições, se com a finalidade afetar a isonomia do sufrágio, há de se preponderar a proteção da esfera privada, eis que configurado o abuso da liberdade de sátira. Lado outro, se comprovada a finalidade informativa, ainda que criticamente se apontem defeitos e adjetivações, desde que dentro de parâmetros sociais aceitáveis – razoáveis e proporcionais –, não voltada à mera “ridicularização” do outro, há de se prevalecer a liberdade de expressão e o direito de sátira.

Mas a discussão não cessa. A liberdade de expressão encontra outros limites que merecem especial proteção do Estado, a fim de se tutelar a pessoa humana, nas esferas individual e coletiva. Nesse sentido, tem-se propagado, na atualidade, o debate sobre o

³⁰⁷ MENDES; BRANCO, 2014, p. 276.

discurso do ódio e os limites da liberdade de expressão e de manifestação de pensamento. É o que ora propomos a tratar.

3.1.1.5 O discurso do ódio (*hate speech*) e liberdade de expressão

O *hate speech* ou discurso do ódio, como tem sido comumente chamado no Brasil, encerra a mais ampla tutela à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, de modo a autorizar, de forma ilimitada, a comunicação, transmissão, divulgação de informações, análises críticas, opiniões, pensamento, notícias, pesquisas, criações em geral, artística – literária, científica –, através dos mais diversos instrumentos – livros, editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral, filmes de televisão, pesquisas de opinião pública, investigações, denúncias, ensaios, comentários –, sobre qualquer tema e sobre qualquer perspectiva.

É dizer, o *hate speech* alberga a liberdade expressão em contraposição à sociedade politicamente correta, que, levada ao extremo, anula opiniões distintas sobre fenômenos sociais, homogeneizando a cultura. Através do *hate speech* fazem-se declarações carregadas de valoração odiosa ou de exclusão de determinadas pessoas ou grupos sociais ligados entre si por origens comuns: religião, etnia, orientação sexual, origem territorial, sotaque, gênero, cor, idade.

O *hate speech*, bastante difundido em alguns países, defende a apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra grupos sociais, ao argumento de exercício da liberdade de expressão. Os limites impostos à liberdade de expressão, para o *hate speech*, deixa a sociedade chata, sem graça, cujos comportamentos são pré-moldados ou limitados à uma caixa moralmente correta. O discurso do *hate speech* defende que a exteriorização do pensamento, por mais reprovável que seja, não deve ser tolhida ou sancionada pelo Direito. A sanção pode ser moral, mas não jurídica.

Daniel Sarmiento define o *hate speech* como manifestações de ódio, desprezo e intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia,

religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual.³⁰⁸ Marcela Travassos afirma que o *hate speech* valida todas as formas de manifestação de opinião, ainda que revestida de palavras e pensamento que, direta ou indiretamente, expressem ódio do interlocutor a determinadas pessoas ou grupo de pessoas com características convergentes, comumente tratados sob o enfoque das minorias.³⁰⁹

Na atual sociedade conectada às redes sociais, assiste-se à proliferação, cada vez maior, de discursos odiosos e intolerantes sempre que interesses sociais, econômicos, políticos, religiosos ou de qualquer outra natureza colidem. A argumentação cede espaço à ofensa; a razão à intempestividade. Recentemente, ao final das eleições democráticas de 2014 que reelegeram à atual Presidente da República, Dilma Rousseff, difundiram-se sobremaneira nas redes sociais mensagens vis, insidiosas de intolerância e ódio que hostilizavam eleitores supostamente aculturados, pobres, famintos, nordestinos, alvos de políticas assistenciais, que teriam reconduzido a atual Presidente ao cargo.

No próprio debate eleitoral entre candidatos à presidência da República, o então candidato Levy Fidelix pelo PRTB, ao vivo em rede nacional, afirmou que “aparelho excretor não reproduz” e que “dois iguais não fazem filho”, discriminando diretamente as relações homoafetivas e os homossexuais. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede recursal, condenou o então candidato³¹⁰ a pagar indenização de um milhão de reais à Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT) por considerar que o discurso ultrapassou a liberdade de expressão, incidindo em discurso de ódio.³¹¹

Além do discurso do ódio – *hate speech* –, tem-se difundido também, sob forte influência da jurisprudência americana, a relativização do direito *prima facie* à liberdade de expressão em razão de palavras que geram atos concretos de violência imediata ou

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 55, out./dez. 2006.

³⁰⁹ TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Hate speech e liberdade de expressão. In: SCHREIBER (Coord.), 2013, p. 291.

³¹⁰ O então candidato afirmou em rede não nacional que: “Aparelho excretor não reproduz [...]. Como é que pode um pai de família, um avô ficar aqui escorado porque tem medo de perder voto? Prefiro não ter esses votos, mas ser um pai, um avô que tem vergonha na cara, que instrua seu filho, que instrua seu neto. Vamos acabar com essa historinha”

³¹¹ JUSTIÇA condena Levy Fidelix a pagar 1 milhão por declarações homofóbicas. *Carta Capital*, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/justica-condena-levy-fidelix-a-pagar-1-milhao-de-reais-por-declaracoes-homofobicas-9659.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

quebra da ordem, também chamadas de *fighting words*. Segundo o magistério de Gilmar Mendes e Paulo Branco, mensagens que provocam reações de violenta quebra de ordem, tal como no exemplo clássico de grito de fogo, produzindo falso alarme em um teatro lotado ou palavras belicosas com finalidade ofensiva – *fight words* –, configuram limites imanentes à liberdade de expressão. É dizer, palavras que geram estopins de ação ao invés de persuasão estão fora da garantia constitucional.³¹²

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema em questão ao julgar o paradigma caso envolvendo o escritor gaúcho Siegfried Ellwanger, no ano de 2003. O referido escritor fora acusado pelo Ministério Público Estadual e condenado pela Justiça Comum pela prática de crime de racismo decorrente da publicação de obra literária, em que, ao negar a ocorrência do Holocausto, infirmava a condição raça humana aos judeus. O escritor impetrou perante o STF o *Habeas Corpus* n° 82424³¹³, cuja relatoria foi do Ministro Moreira Alves.

³¹² MENDES; BRANCO, 2014, p. 273.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* n° 82424, rel. Moreira Alves, j. 17/09/2003. EMENTA: PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias

O então relator, Ministro Moreira Alves verberou, em seu voto, que “os judeus não podem ser considerados uma raça”, por isso, não se poderia qualificar o crime por discriminação, pelo que, declarando extinta a punibilidade do acusado pela prescrição, concedia o *Habeas Corpus* vindicado. O Ministro Maurício Corrêa divergiu do relator e negou o pedido, ao fundamento de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Para Maurício Corrêa, a Constituição coíbe atos desse tipo, “mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo acusado disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no país.” O Ministro Celso de Melo acompanhou a dissidência, afirmando que “só existe uma raça: a espécie humana”. E frisou: “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”.

históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

O Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*, defendendo a tese da liberdade de expressão, pelo que afirmou “A questão de fundo neste *Habeas Corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo?” E acrescentou: “Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa”. Em sua opinião, somente estaria configurado o crime de racismo se Ellwanger, em vez de publicar um livro “no qual expõe suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los””. Segundo Marco Aurélio, Ellwanger restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.

O Ministro Gilmar Mendes negou a ordem de *Habeas Corpus*, por entender que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo”. Para o Ministro, “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”.

É de se extrair do contexto doutrinário e jurisprudencial que, de fato, o véu da liberdade de expressão não pode ser usado para cobrir a prática de atos que vão de encontro aos valores preconizados pela Constituição Federal. A proteção da pessoa humana como fundamento da República, livre de preconceitos de origem, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, deve sim irradiar efeitos a todo o sistema jurídico, norteando a interpretação de normas de direito público e privado, pelo que é factível concluir que discursos que pregam a intolerância, o ódio, o preconceito e incitam a violência não hão de ser acobertados pelo manto da liberdade de expressão.

Não há como olvidar que o Estado deve proteger o cidadão de ofensas injustificadas, não só contra atos seus, mas, sobretudo, contra atos de seus pares, pois proteger os direitos da personalidade à esfera privada significa proteger o desenvolvimento digno da pessoa humana, livre de amarras e ofensas injustificadas. E, por esta razão, torna-se ao avançar desta pesquisa necessário debatermos, neste particular, sobre os direitos da

personalidade, para, em seguida, enfrentarmos o problema das biografias não autorizadas. É o que ora passamos a fazer.

4 DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

4.1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O início da proteção dos direitos da personalidade, tão festejados e debatidos pelo atual direito civil-constitucional, gera certa controvérsia doutrinária, na medida em que, enquanto fenômeno social, seu reconhecimento jurídico foi lento e gradativo. De outra forma não poderia ser. Embora não se reconheça a proteção de direitos personalíssimos com a nomenclatura “direitos da personalidade” em si, há referências históricas de que já na Grécia Antiga havia previsão de sanção contra o agressor que envergonhasse um cidadão grego, é dizer, que contra ele irrogasse alguma injustiça, excesso ou desequilíbrio, o que remonta à própria concepção de *hybris* gregas ou *dike kakegorias*.³¹⁴ Em Roma, a *Lex Aquilia* previa também a possibilidade de uma vítima requerer reparação pecuniária contra atos de agressores que a constrangiam física ou moralmente através do *Actio Injuriarum Aestimatoria*³¹⁵. Faz-se referência, também em Roma, ao *vindicatio libertatis* ou *vindicatio in servitatem*, através do qual uma pessoa poderia ter acesso à informação e saber, por meio de declaração, se uma pessoa era livre ou não.³¹⁶ Ainda em Roma, havia o instituto da *potestas in se ipsum* que, segundo alguns romanistas como De Amescua, em posição minoritária na doutrina, representava o direito romano que conferia ao homem uma espécie de propriedade sobre o próprio corpo³¹⁷, o que se aproximaria da noção atual do direito da personalidade à disposição do próprio corpo.

³¹⁴ A palavra *dike* representa, em grego, concepção de justiça baseada na ideia racional de igualdade, contrapondo-se à *themis* que, embora também represente a justiça, o faz a partir de uma noção aristocrática da representação de uma vontade superior. As *dike kakegorias* representa um conceito derivado da ideia de justiça e refere-se a instrumento processual usado contra a injúria ou difamação de caráter, em especial quando se atacava a figura paterna. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.

³¹⁵ Cláudio Luiz Bueno de Godoy anota que a noção de personalidade em si, embora não sistematizado como si tem hoje, remonta ao direito romano que conferia inicialmente apenas aos indivíduos livres cidadania - *status libertatis, civitatis e familiae* -, e com ela capacidade plena, isto é, aptidão para ter e exercer direitos. Assim, apenas os cidadãos romanos, inicialmente, eram titulares de direitos da personalidade. GODOY, 2008, p. 05.

³¹⁶ O acesso à informação seria, portanto, um direito da personalidade com referência romana.

³¹⁷ DONEDA, 2006, p. 66.

Embora se possa fazer referência às origens romanas, das quais, de alguma forma, veio a se desenvolver a noção de direitos da personalidade, há de chamar atenção para o fato de que o modelo romano nem de longe tutelava a pessoa humana em uma perspectiva integrada. Nesse sentido, observa Danilo Doneda que o recurso aos institutos do direito romano é uma alternativa frequente para enriquecer o estudo com uma contextualização histórica, no entanto, para que logre êxito, não há de se reconhecer sua validade atemporal, pelo que “O respeito ao direito romano compreende, portanto o devido cuidado e esmero em considerar suas próprias sociedades e época.”³¹⁸

Elimar Szaniawski aponta que, a partir da época romana clássica, correspondente ao Alto Império (de 27 a.C a 284 d.C), até mesmo os escravos passaram a ser considerados como *persona*, o que não o privava, por completo, de personalidade.³¹⁹ É de se ver, pois, que, mesmo sendo o escravo objeto de direito perante a lei, o termo homem ou pessoa já lhe era conferido, o que denota, desde então, um sinal indicativo de reconhecimento do componente dignidade inerente ao homem, a qual serviu de base para a formação de uma teoria geral dos direitos da personalidade.³²⁰

Mas, foi, na Idade Média, que surgiram com maior concretude ideias de valorização do homem. O cristianismo, ao contribuir para o desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana, enquanto princípio divino e eterno, abriu espaço para a proteção da projeção humana. Nesse sentido, foi substancial a contribuição de Del Vecchio que chamou atenção para a existência de um poder social – a *vox divina* –, como instrumento para conduzir o homem à condição de super-humano.³²¹

Segundo o magistério de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o cristianismo medieval reconheceu no homem um intrínseco componente espiritual mais que corpóreo, cuja significação estava na dignidade, base dos direitos da personalidade.³²² No Direito Canônico, a proteção da honra ocorria principalmente por meio da aplicação da pena de *infamia*, cuja base decorre da *infamia* romana, mas com algumas modificações. Entre as

³¹⁸ DONEDA, 2006, p. 66.

³¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direito da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 20

³²⁰ GODOY, 2008, p. 07.

³²¹ DONEDA, op. cit., p. 71.

³²² GODOY, op. cit., p. 09

penalidades, aplicava-se a exclusão do exercício da função sacra, o impedimento de votar nas eleições eclesiais ou de receber a eucaristia.³²³

O desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa passou invariavelmente pela obra de Immanuel Kant, para quem a dignidade é um atributo do homem enquanto este, dotado de um intelecto moral e prático, concebe-se não apenas como parte da natureza, mas sim como sujeito e uma autonomia prática.³²⁴

A condição jurídica de direito fundamental, no entanto, nasce, de forma ainda embrionária, na Carta Magna de 1215. É com a consolidação dos Estados Modernos, fruto do Iluminismo e do Liberalismo dos séculos XVIII e XIX, que os direitos da personalidade alcançam força maior, até então, com finalidade negativa, isto é, voltados ao absentismo estatal. É de se notar, pois, que não havia diferença entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Eles se confundiam entre si, em especial pelo seu caráter negativo. Para José Antônio Peres Gediél, “os direitos da personalidade tentam responder à exigência de adequada tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade e são produto de um longo percurso da jurisprudência e da doutrina civilista iniciado ainda no século XIX.”³²⁵

O homem, na Era das Luzes, tornou-se o centro maior das atenções da ciência jurídica e das demais ciências sociais, tendo como base a valorização de sua autodeterminação, da vontade individual e da deliberação sobre os destinos de sua própria vida. O movimento Jursnaturalismo Racionalista, também chamado de Positivismo Jurídico, foi responsável por positivizar no texto constitucional direitos fundamentais de garantia ou de oposição. Nesse sentido, tiveram especial importância a Magna Carta do Rei João Sem-Terra de 1215, a *Petition of Rights*, firmada pelo Rei Carlos I em 1628, o *Habeas Corpus Act*, assinado pelo Rei Carlos II em 1679, o *Bill of Rights*, promulgado pelo Parlamento inglês de 1689, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, a Declaração Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789.

³²³ AMARANET, Aparecida. *Responsabilidade Civil por dano à honra*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

³²⁴ DONEDA, 2006, p. 72.

³²⁵ GEDIÉL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET (Org.), 2010, p. 145.

O direito à privacidade, enquanto direito fundamental autônomo, no sentido de se conferir proteção ampla e indistinta da vida privada e da intimidade, fora referido inicialmente por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em artigo publicado em 1890, na *Harvard Law Review*, nomeado *The right to privacy*, como um direito à solidão, ao silêncio, um direito de não ser incomodado.³²⁶

Embora não se possa atribuir uma paternidade, é possível afirmar que, foi no século XIX, que as transformações por que passava a ideia de pessoa humana, tanto para o direito quanto para a filosofia, enquanto valor normativo principal, para além de sua concepção instrumental, ganhou destaque.³²⁷

Para tanto, trouxe significativa contribuição a obra de Puchta e, em seguida, de Carl Neuner, que reconheciam nos direitos da personalidade como “o direito da pessoa a ser o seu próprio fim, afirmar-se e desenvolver-se como um fim de si mesma”. A ideia foi posteriormente aprimorada por Joseph Kohler e, sobretudo, pela contribuição de Otto Von Gierke, que inicialmente distinguiu a personalidade, que não seria propriamente um direito, mas um *status* dos direitos da personalidade, sendo estes direitos que garantiriam ao sujeito o poder sobre a sua própria esfera pessoal.³²⁸

Os direitos da personalidade, enquanto direitos autônomos, no magistério de Anderson Schreiber, sofreram profundas críticas que minaram o seu desenvolvimento durante um bom tempo. O Código Civil alemão de 1896 tampouco o Código Civil brasileiro de 1916 acolheram expressamente essa categoria de direitos, gerando efeitos desastrosos. O interesse pelo tema só foi resgatado a partir da segunda metade do século XX, agora com força irresistível.³²⁹

³²⁶ O direito à privacidade será retomado. Sobre o *Right to Privacy*, conferir WARREN, S. D. e BRANDEIS, L. D. *The right to privacy*. Harvard Law Review. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 23 maio 2014.

³²⁷ Sobre a origem dos direitos da personalidade, conferir DONEDA, 2006, p. 63-100; GODOY, 2008, p. 08; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 113; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288-291; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118; SZANIAWSKI, 1993, p. 20; SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Almedina, 1984.

³²⁸ DONEDA, 2006, p. 72-73.

³²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 06.

A rigor, os direitos da personalidade, em sua gênese, não conseguiram se desvencilhar da proteção patrimonial civilista, pelo que sofreram, no século XIX e início do século XX, diversas críticas sobre a sua própria autonomia, dada a sua incompatibilidade com a noção de direito subjetivo, pois a pessoa em si não poderia ser ao mesmo tempo titular e objeto de direito.

Essa crítica foi especialmente defendida por Savigny³³⁰ que se insurgia contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa, o qual conduziria, entre outras consequências, a legitimar o suicídio. Nessa mesma linha, posicionaram-se civilistas como Zitelmann, Crome, Enneccerus e Oertmaan.³³¹

A Constituição da República Federal da Alemanha de 1919 – Constituição de Weimar –, que reverbera ainda hoje sobre o constitucionalismo moderno, iniciou a aproximação do direito constitucional com o direito privado, levando ao seu texto institutos-chaves como família, propriedade, empresa e contrato, associando a eficácia da tutela econômica e patrimonial à tutela também da pessoa. Essa metamorfose por que passou o direito privado, cujos fundamentos foram analisados no tópico 2.1.4 – A constitucionalização do Direito e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, fora ratificado pela introdução dos direitos da personalidade no direito privado, cujo bem jurídico era a própria pessoa humana em si.

Seguindo esse paradigma emergente, o Código Civil italiano de 1942 conferiu proteção aos direitos da personalidade de forma sistemática, ao dedicar, no Livro I, Título autônomo às “pessoas físicas” e ao positivá-los, nos artigos 5º a 9, contidos nesse mesmo título, a tutela do nome, e, no artigo 10, o direito à imagem.³³²

Ao fim da II Guerra, os direitos da personalidade, enquanto direitos autônomos, ganharam *status* de norma jurídica *jus cogens* com a promulgação da Declaração

³³⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 323. BORGES 2007, p. 20; DONEDA, 2006, p. 86.

³³¹ GOMES, 2010, p. 113.

³³² DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos de Personalidade*. 2. ed. Tradução: Afonso de Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum Rezende, 2008. p. 28.

Universal dos Direitos do Homem da ONU, promulgada em 1948³³³, cuja norma do artigo XIX dispõe que: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A Constituição alemã de 1949, sob forte influência valorativa da dignidade humana, positivou a proteção do desenvolvimento da personalidade humana³³⁴ seguida pelo Código Civil Português de 1966 e pela Constituição Portuguesa de 1976 que também positivaram a proteção à personalidade física e moral do indivíduo com base no princípio ético-jurídico da dignidade humana.

Nesse cenário, os direitos da personalidade se descortinam com o objetivo primordial de “concreção” do respeito à autonomia, à alteridade e à dignidade humana. Como bem leciona Canotilho, muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam os direitos de estado, tal como o direito de cidadania, os direitos sobre a pessoa – direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade –, os direitos distintivos da personalidade – direito à identidade pessoal, direito à informática –, e muitos dos direitos de liberdade – liberdade de expressão. Segundo o referenciado autor português, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Não olvida o autor, no entanto, que, atualmente, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o negativo do cidadão e, em face da concepção de um direito geral de personalidade, cada vez mais, os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa³³⁵.

³³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Adotada e proclamada pela Resolução 217^a (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2015.

³³⁴ Artigo 1º, nº 1: A dignidade do homem é sagrada e constitui dever de todas as autoridades do Estado seu respeito e proteção. Artigo 2º: “[...] cada um terá direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Imprensa. Tradução: Aachen Assis Mendonça. atual. jan. 2011. p. 18. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

No Brasil, antes da promulgação da Constituição Republicana de 1988, trabalhou-se para posicionar no Código Civil normas protetivas de direitos da personalidade, os quais, até então, já eram fortemente reconhecidos na jurisprudência nacional pela interpretação sistemática da Constituição Federal e do Código Civil de 1916.

A Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, declarada pelo STF como não recepcionada pela C.F/88, já tutelava direitos da personalidade à esfera privada, na medida em que previa, como instrumento de reparação pelo dano moral, o direito de resposta. A Lei 5.479/68, que dispunha sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, hoje revogada pela Lei 9.434/97, que trata da matéria, também pode ser considerada como uma lei de direitos da personalidade, pois atribuía à pessoa viva o direito de dispor de uma ou de várias partes do corpo *post mortem*. A Lei 5.988/73, que regulava os direitos autorais, hoje revogada pela Lei 9.610/98, que trata sobre a matéria, reconhecia os direitos da personalidade à integridade moral e intelectual do autor, prevendo medidas adequadas à índole personalíssima, tais como a proteção à divulgação de obra ao público, à paternidade da obra através da indicação de nome, pseudônimo ou sinal do seu autor, a apreensão de exemplares fraudulentamente reproduzidos, a retificação ou perda de exemplares, a interdição ou suspensão de espetáculos, além de reparação por danos morais. Parando por aqui, mas não de forma exaustiva, a Lei 6.015/73, que dispõe sobre registros públicos –, trazia, bem antes da promulgação da C.F/88, preceitos de proteção ao nome civil e ao pseudônimo.³³⁶

A revogada Lei de Direitos Autorais – Lei 5.988/73 –, em seu artigo 49, n.I, alínea f³³⁷, trazia disposição que sujeitava a reprodução de qualquer forma de representação da efígie humana à não oposição da pessoa retratada, o que nos permite associar tal regra como fundamento para a posterior edição dos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002, cuja interpretação é usada para impedir a publicação de biografias não autorizadas.

³³⁶ MORAES, Valter. Estudos de Direito Civil. In: CHAVES, Antônio (Coord.). *Direitos da personalidade. Estado da matéria no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 134.

³³⁷ Lei nº 5.988/73. Art. 49: Não constitui ofensa ao direito do autor: I – A reprodução: f) de retratos, ou de outra forma de expressão de efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros. BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

Na lição de Renan Lotufo, vários códigos passaram a positivizar os direitos da personalidade, dentre eles temos o código suíço, o japonês, o grego, o egípcio, o italiano e o mais moderno desenvolvido, o de Quebec.³³⁸

Entre nós, o anteprojeto de Código de Civil de Orlando Gomes de 1962 previa a tutela da integridade física, a inviolabilidade do corpo humano, o direito ao cadáver, a disposição do próprio corpo, a proteção da integridade moral, os direitos intelectuais, o direito à imagem, o direito de constituir família, o direito ao nome sob duplo aspecto: contra atentados de terceiros e quanto às normas de atribuição, alteração e conteúdo, prevendo, inclusive, instrumentos para cessar ameaça ou lesão aos direitos da personalidade.³³⁹ O pensamento vanguardista de Orlando Gomes, influenciado sobremaneira pelo respeito à pessoa humana, por movimentos de Constitucionalização do Direito e, por via reflexa, da funcionalização e da despatrimonialização do Direito Civil, estava à frente de sua época, pelo que permaneceu parado por anos no Congresso Nacional.³⁴⁰

Novo projeto de Código Civil foi elaborado por Miguel Reale em 1975, tendo tramitado no Congresso Nacional, após sucessivas modificações, por vinte e sete anos, quando, finalmente, fora aprovado por meio da Lei 10.406/2002, entrando em vigor, após *vacation legis*, em 11 de janeiro de 2003.

³³⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Parte Geral. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 49.

³³⁹ GOMES, Orlando. *Código Civil. Projeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17-27.

³⁴⁰ Ao iniciar o Livro das Pessoas, no Capítulo referente aos Direitos da Personalidade, Orlando Gomes sinalizou: “O primeiro e dos mais importantes objetivos do Anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais de nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente sob a forma de liberdades, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares, tanto mais necessário quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos e conteúdo novo, tais como o direito à vida, ao trabalho, à educação e tantos outros. [...]. No corpo do código civil devem ser isoladas as disposições que, na órbita privada, podem concorrer para a defesa da personalidade humana. A reafirmação, na lei civil, da intangibilidade de certos direitos inseparáveis da pessoa humana indica que o Código, completando a rede de proteção ao homem que se distende desde a Constituição e de declarações internacionais de princípios, reafirma solenemente a necessidade de serem preservados para que se resgatarde a dignidade humana. Reafirmação que se tornou imperiosa, e é cada dia mais necessária, depois que, às nossas vistas, certos regimes, utilizando todos os meios de destruição da ciência moderna, praticaram e praticam os mais brutais atentados contra a pessoa humana, submetendo os que não os aplaudem a atrocidades indizíveis [...]”. *Ibid.*, p. 17-18.

Neste interstício, promulgou-se, no Brasil, a Constituição Republicana de 1988, que, sem embargo, influenciada pelo movimento do “constitucionalismo pós-moderno” ou “neoconstitucionalismo”, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de vetor máximo, viga mestra de interpretação de todo o sistema jurídico, conferindo aos direitos da personalidade, em sede de norma constitucional, especial proteção.

Desde então, doutrina e jurisprudência ratificam os novos paradigmas de proteção das esferas física, psíquica e moral da pessoa humana, tornando-se personalidade sinônima de projeção de dignidade.

4.2 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

4.1.1 Direitos da personalidade e direitos fundamentais

Longe de querer apresentar uma natureza jurídica hermética dos direitos da personalidade, até mesmo porque esta pretensão levaria à redução eidética³⁴¹ não compatível com a natureza de direitos fundamentais *prima facie*, tal como proposto nesta investigação, tampouco com a liberdade metodológica proposta, procuraremos aqui trazer noções gerais sobre o que se entende por direitos personalíssimos ou da personalidade, sem antes destacar que, doutrinariamente, se costuma chamá-los, exemplificativamente, de direitos individuais (Kohler), direitos sobre a própria pessoa (Windscheid), direitos pessoais (Wachter), direitos de estado (Muhlenbruch), direitos

³⁴¹ Redução eidética refere-se à expressão usada pelo filósofo Edmund Husserl como resultado do método fenomenológico que consiste em é um instrumento, um caminho, para se chegar à ciência, também chamada por ele de “ciência da essência do conhecimento” ou “doutrina universal das essências” ou “Fenomenologia Transcendental”. Segundo o filósofo, a construção humana autônoma depende da compreensão do ser-no-mundo. Dito em outras palavras, para se compreender a história da humanidade, é necessário compreender o homem nas suas relações sociais. Portanto, o método fenomenológico é um instrumento que estudo filosoficamente o homem inserido dentro de um contexto social, o que é chamado por Husserl de “ser-no-mundo”. O autor propõe uma metodologia calcada na “abstração ideativa” que fornece universalidades inteligíveis, espécies, essências, ditando a salvação da clareza intuitiva sobre a essência do conhecimento. Propõe um “idealismo transcendental”, que parte de um estudo sistemático da consciência e dos seus objetos mentais, pelo que assevera que “temos de elevar intuitivamente à consciência da universalidade as objectalidades universais desta esfera, e tornar-se possível uma doutrina da essência do conhecimento” Assim, para a fenomenologia pura de Husserl “o conhecimento universal é algo singular, é sempre um momento na construção da consciência; o “próprio universal”, que aí está dado na evidência, não é algo de singular, mas, sim, um universal, portanto transcendente em sentido verdadeiro. HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Lisboa. Edições 70, 2001. p. 28-29.

originários, direitos personalíssimos³⁴², direitos essenciais, direitos inatos, expressões que utilizaremos como sinônimas, dada a similitude de bens jurídicos tutelados.

Há de se pontuar, contudo, que os direitos da personalidade não se confundem com os direitos fundamentais, embora, em muitos momentos, sejam os direitos da personalidade também direitos fundamentais. Estes, por outro lado, em muitos outros momentos, não são direitos da personalidade. A compreensão fica mais clara ao se adotar a teoria dos círculos concêntricos. Os direitos fundamentais representam um círculo maior, no qual se encontram os direitos da personalidade pertencentes à um círculo menor.

Orlando Gomes, no Projeto de Código Civil de 1962, já chamava atenção para este fato, ao destacar que o Anteprojeto, ao disciplinar os direitos da personalidade, não os confunde com os direitos do homem, ainda que se refira a alguns destes que, por igual, se compreendem entre aqueles considerados, todavia, sob outra perspectiva. Citando Mazeaud, afirma que os direitos do homem são direitos públicos, dado que visam primordialmente protegê-lo contra o arbítrio do Estado, enquanto os direitos da personalidade são muitos daqueles direitos da pessoa humana encarados na possibilidade de sofrerem atentados por parte de outros homens ou de serem auto-sacrificados.³⁴³

Jorge Miranda, seguindo essa linha, considerava que os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, de modo que possuem uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos em relações privadas, estando sob o domínio do direito constitucional, ao passo que os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade, de modo que possuem uma incidência privatística, estando sob o domínio do direito civil.³⁴⁴

Ousamos, neste ponto, discordar das posições de Orlando Gomes e de Jorge Miranda quanto à distinção entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, que os separam a partir da relação jurídica tutelada: se de direito público, direitos

³⁴² GOMES, 2010, p. 114.

³⁴³ GOMES, 1985, p. 18.

³⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4. p. 58-59.

fundamentais, e, se de direito privado, direitos da personalidade. Entendemos que, dada a metamorfose vivenciada pelo direito privado a partir da segunda metade do século XX³⁴⁵, é de se notar que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos da personalidade incidem em relações verticais – estabelecidas entre cidadão e Estado³⁴⁶ –, como em relações horizontais – estabelecidas entre cidadão-cidadão.

A nosso sentir, o que distingue os direitos fundamentais dos direitos da personalidade é a concreção imediata do valor dignidade humana. Caso o direito positivado seja instrumento direto de concretização do valor dignidade humana, está-se diante de um direito da personalidade e, por consequência, de um direito fundamental. Caso o direito positivado seja apenas um instrumento para a concretização do valor dignidade humana, que será alcançada por via de outros direitos, está-se diante de direito fundamental, mas não de direito da personalidade.

Para nos fazermos mais claros, citemos, exemplificativamente, os direitos fundamentais positivados nos artigos 5º, LV (contraditório e ampla defesa), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LIV (devido processo legal), LVII (presunção de inocência), LIX (ação penal privada subsidiária da pública), LX (publicidade de atos processuais). Todos os direitos aqui referidos são apenas instrumentos – regras procedimentais –, para a consecução da dignidade humana que, como se vê, é alcançada por via de outros direitos, de modo que são direitos fundamentais, mas não direitos da personalidade.

No que tange aos direitos fundamentais prestacionais, dentre eles, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados, perfilhamos do entendimento de que também eles se incluem dentro da cláusula geral de direitos da personalidade que, como se verá adiante, é constantemente mutável.

³⁴⁵ A metamorfose à que nos referimos refere-se à constitucionalização do direito privado, a incidência dos direitos fundamentais em relações de atores privados, a despatrimonialização do direito privado e, por via reflexa, a aproximação do direito público com o direito público.

³⁴⁶ Tanto o Estado quanto o particular devem respeitar o direito da pessoa humana à vida, à integridade física, à opção sexual, à disposição sobre o seu próprio corpo, vivo ou morto, quando não afete direitos da coletividade, à manifestação livre de pensamento, ao nome, à honra, à imagem, à privacidade, não criando embaraços legislativos ou administrativos que impeçam o seu exercício. É de se ver, portanto, que tais direitos não se cingem à esfera privatística, alcançando decerto a esfera pública.

4.1.2 Direitos da personalidade: direitos subjetivos e objeto

Superada a crise de autonomia por que passaram os direitos da personalidade no final do século XIX e início do século XX³⁴⁷, os direitos da personalidade alcançaram definitivamente o *status*, a natureza jurídica de direitos subjetivos, dotados de justiciabilidade, podendo, portanto, ser reclamados em face do Estado ou de particulares.

Orlando Gomes, integrando as conceituações de direito subjetivo de A. Von Tuhr³⁴⁸, de R. Von Ihering e de Windscheid, reunindo o elemento formal ao elemento material das teorias, definiu direito subjetivo como “um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual”³⁴⁹

A natureza de direito subjetivo dos direitos da personalidade não foi facilmente admitida, na medida em que, na visão clássica, direito subjetivo pressupõe o interesse do sujeito sobre uma utilidade a ele externa dotada de valor patrimonial. Assim, o direito subjetivo era reduzido à categoria do “ter”, cujas formas de proteção eram ligadas ao direito de propriedade. Os direitos da personalidade, ao serem entendidos como direitos subjetivos, reclamaram duas novas categorias de compreensão da relação entre sujeito e objeto, a do “ter” e do “ser”, afastando-se da noção clássica patrimonial do direito privado de propriedade, de modo a compreender que o homem poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito.

A definição de Otto Von Gierke tornou-se famosa, segundo a qual os direitos da personalidade são aqueles que asseguram ao sujeito o domínio sobre uma parte da personalidade. Dada à diversidade de conceitos, agravada pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos da personalidade, e controvertida sua fundamentação, segundo Orlando Gomes, a sua concepção tornou-se mais clara a partir

³⁴⁷ A corrente negativista infirmava a existência de direitos autônomos da personalidade, pois seria impossível haver direito do homem sobre a própria pessoa. Sobre esta teoria, conferir o tópico 4.1 desta pesquisa, em que nos referimos à posição defendida por Savigny, Zitelmann, Crome, Enneccerus e Oertmaan.

³⁴⁸ Para Tuhr, direito subjetivo é a faculdade de agir – *facultas agendi* –, e direito objetivo, norma de ação – *norma agendi*. R. Von Ihering definiu direitos subjetivos como o interesse juridicamente protegido. Windscheid o definiu como o poder ou o domínio da vontade conferido pela ordem jurídica. GOMES, 2010, p. 83.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 84.

da análise do seu objeto. Assim, para o autor baiano, o objeto dos direitos da personalidade é “os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção.” Nesse sentido, torna-se premente alargar o conceito jurídico de bem³⁵⁰, para, além de abranger a *res* (a coisa), se estender para qualquer qualidade, atributo, expressão ou projeção da personalidade. Somente assim seria possível eliminar a objeção de que, nos direitos da personalidade, sujeito e objeto se confundem.³⁵¹ No magistério de Orlando Gomes, sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.³⁵²

Atualmente, entende-se personalidade jurídica como princípio, como valor jurídico de projeção humana, física ou psíquica.³⁵³ Nesse sentido, na lição de Roxana Borges, o objeto dos direitos da personalidade também se alterou, sendo hoje ele – o objeto –, projeções físicas, psíquicas da pessoa ou suas características mais importantes. E afirma: “os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano. Não é a personalidade o objeto de direito, mas antes algumas qualidades, expressões ou projeções dela.”³⁵⁴

Para o autor italiano Adriano de Cupis, o objeto dos direitos da personalidade apresenta uma dupla característica: a primeira se encontra em um nexo estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico, e a segunda identifica-se com os bens de maior valor de domínio jurídico, a saber, a vida, a integridade física, a liberdade, à honra, o resguardo, a identidade, a paternidade intelectual, de modo que se associam à noção do ser e não do ter.³⁵⁵ Maria Helena Diniz ensina que “o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc.”³⁵⁶

³⁵⁰ Bem define-se como toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, podendo figurar como objeto de relação jurídica.

³⁵¹ GOMES, 2010, p. 114-115.

³⁵² *Ibid.*, p. 113.

³⁵³ AMARAL, 2008, p. 254.

³⁵⁴ BORGES, 2007, p. 20.

³⁵⁵ DE CUPIS, 2008, p. 29-30.

³⁵⁶ DINIZ, 2008, p. 121.

Direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos, extrapatrimoniais, absolutos³⁵⁷, essenciais, irrenunciáveis, intransmissíveis, inalienáveis, imprescritíveis, indisponíveis, inexpropriáveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais e vitalícios. Dada a vasta literatura sobre as características dos direitos da personalidade, não nos ocuparemos aqui em tratar de cada uma delas pormenorizadamente, cingindo-se a observar que a inalienabilidade, a intransmissibilidade e a indisponibilidade são relativas, impedindo apenas a disposição definitiva destes direitos.

A extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, como ensina Orlando Gomes, não exclui a possibilidade de produzir-se vantagem econômica para o seu titular. Na hipótese de lesão da qual resultem danos, por exemplo, assiste-lhe o direito de receber indenização moral de cunho pecuniário.³⁵⁸ Que os direitos da personalidade podem ser disponíveis pela autonomia privada do indivíduo é algo certo na atualidade, malgrado ainda tenha como característica iminente a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade – cuja leitura – repise-se –, deve ser feita sempre *prima facie*. O cerne da questão refere-se aos limites da disposição destes direitos. A nosso sentir, os direitos da personalidade não podem ser negociados de forma definitiva, o que não impede a autorização ou cessão de uso temporário, gratuito ou oneroso, cujos limites decerto são fixados pelo valor dignidade humana.³⁵⁹

4.1.3 Direitos da personalidade: inatos ou históricos?

Outra importante questão que se indaga quanto aos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos –, refere-se ao seu reconhecimento jurídico. Decorrem eles do direito positivo, isto é, originam-se apenas da vontade política e histórica traduzidas em leis ou são direitos inatos, cujo reconhecimento e titularidade decorrem, tão somente, da própria natureza humana?

Para Limongi França, os direitos da personalidade, longe de encerrar uma concessão estatal, derivam da própria condição da personalidade, pelo que afirma que, além da lei, de outras fontes eles emanam, tais como o costume e o direito científico, pelo que

³⁵⁷ A característica absoluta decorre da possibilidade de se opor o direito da personalidade contra todos (*erga omnes*) e não quanto ao seu exercício ilimitado, absoluto.

³⁵⁸ GOMES, 2010, p. 86.

³⁵⁹ Sobre direitos da personalidade e autonomia privada, conferir BORGES, 2007.

afirma: “[...] o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o *Direito Natural*.”³⁶⁰ Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, no mesmo sentido, adotou a corrente jusnaturalista em oposição à positivista quanto à inerência dos direitos inatos da personalidade. Nesse sentido, compartilha a ideia de que “não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir [...]”. E esta é também a linha defendida por Carlos Alberto Bittar para quem os direitos da personalidade existem na consciência popular e no direito natural, pelo que cabe “ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los” para lhes conferir maior eficácia.³⁶¹

Para a corrente positivista, os direitos da personalidade são somente aqueles positivados pelos sistemas jurídicos através de fontes formais de Direito, pois decorrem da necessidade social, política, econômica e cultural de um determinado momento histórico. Nesse sentido, são as posições de Adriano de Cupis, para quem os direitos da personalidade só existem, na medida em que a lei os concede, tutelando o que chama de “interesses”, gerais ou do Estado, e particulares.³⁶² Pietro Perlingieri, para quem o direito natural (deve ser) é sempre condicionado pela experiência do direito positivo (ser)³⁶³, Gustavo Tepedino, segundo o qual os direitos da personalidade são inatos unicamente pelo fato de nascerem com a pessoa humana, mas que nascem segundo a disciplina do direito positivo, despido, pois, de qualquer natureza jusnatural³⁶⁴, e de Renan Lotufo.³⁶⁵

Perfilhamos do entendimento de que os direitos da personalidade, no sistema romano germânico ou no sistema consuetudinário, originam-se a partir do seu reconhecimento pelo sistema jurídico, notadamente pela ordem constitucional ou pelos costumes vigentes, tendo como base o contexto político e histórico à época. Não é factível crer que são eles direitos inatos, que decorrem da vontade divina ou da simples condição humana – condição da natureza –, pois é evidente que, a depender dos fatores culturais e políticos de uma determinada sociedade, muitos destes direitos da personalidade

³⁶⁰ FRANÇA, 1966, p. 324.

³⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 07.

³⁶² DE CUPIS, 2008, p. 40 et seq.

³⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

³⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³⁶⁵ LOTUFO, 2004, p. 54.

nunca serão reconhecidos nem implementados, muito embora já remansosamente contemplados em convenções, tratados, acordos ou em outras fontes formais de direito internacional.³⁶⁶

Não se quer dizer que a eficácia dos direitos da personalidade reclama regulamentação por reserva de lei. Muito longe disso. Reconhecidos pela ordem constitucional vigente, detêm aplicabilidade imediata pela força normativa da norma constitucional. Eventual disposição legal sobre a matéria terá o condão, se assim foi autorizada por cláusula restritiva simples ou qualificada, de restringir o direito da personalidade, cuja

³⁶⁶ A diferença cultural ou os distintos anseios políticos e econômicos de determinado local ou época afetam o reconhecimento dos direitos da personalidade. A ausência de consagração normativa pelo ordenamento jurídico vigentes destitui-lhes de juridicidade e de sanção. Para elucidar nossa posição, fazemos referência a três casos distintos, em que, dada a ausência de reconhecimento estatal, os direitos da personalidade foram visceralmente violados. Vejamos. Entre as décadas de 1940 e 1970, experimentos biomédicos com seres humanos foram realizados em diversos países ocidentais sem grandes limitações ou respeito aos direitos da personalidade, sendo tais condutas orientadas por preceitos éticos fixados unilateralmente e, tão somente, pela ciência biomédica. Muitos experimentos eram fundados, muitas vezes, em leis institucionalizadas que marginalizavam indivíduos considerados de segunda classe – doentes mentais, retardados, idosos, presidiários e deficientes físicos, revelando à comunidade internacional práticas vis semelhantes às da Alemanha nazista. O Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos realizou entre 1932 e 1972 pesquisa com 600 homens negros, sendo 399 com sífilis e 201 sem a doença. Os participantes não foram informados que tinham sífilis tampouco os efeitos da doença. O diagnóstico dado era de “sangue ruim”, mesma denominação utilizada por pesquisadores norte-americanos para legitimar a esterilização de pessoas portadoras de deficiência em 1920. Aos participantes, eram oferecidas uma refeição diária e as despesas com funeral. A pesquisa não tinha a finalidade de tratar os participantes, eis que, à época, ainda não havia terapêutica comprovada para sífilis. A ilicitude e perplexidade da pesquisa decorreram da omissão do diagnóstico conhecido e do prognóstico esperado pelos biocientistas. Exemplificativamente, citemos os casos ocorridos em *Willowbrook State School*, em *Staten Islan, New York City/EUA*, em que fora realizada pesquisa referente ao desenvolvimento de agentes profiláticos eficazes contra a hepatite, aplicada em crianças gravemente retardadas, utilizando-se de meios nefastos à saúde e sem consentimento informado e esclarecido, e o caso ocorrido em *Jewish Chronic Disease Hospital em New York*, em que anciãos receberam injeção de células vivas de câncer, como forma de experimentação científica, sem consentimento esclarecido, em desrespeito a direitos da personalidade e aos princípios da não-maleficência e da proteção à integridade física. Por fim, na África do Sul, em 1976, o cirurgião cardíaco Chistian Barnar realizou transplante de coração para um paciente que se encontrava em estado terminal. À época, o episódio gerou grande discussão, pois não havia parâmetros objetivos para se fixar o momento da morte. Instada a se manifestar, a Escola Médica da Universidade de Harvard, em 1968, definiu que a morte cerebral seria o momento da morte clínica. O choque daquela conduta, ao chegar conhecimento da opinião pública, fez surgir sérios questionamentos sobre a compatibilidade da ciência, da tecnologia e da medicina com os valores morais humanitários.

Vê-se, portanto, que, em todas as situações concretas citadas, enquanto o sistema jurídico vigente não tutelava expressamente os direitos da personalidade à proteção à vida, à integridade física e à disposição do próprio corpo, em sua forma mais ampla, exigindo-se o consentimento informado e esclarecido do paciente, a concretização da não maleficência e da justiça, ou outra forma ética de proteção à pessoa humana, não era conferida a devida proteção estatal a pessoas consideradas de “segunda classe”. O direito natural, portanto, em nada serviu para tutelar a dignidade humana. Sobre direitos da personalidade e bioética, conferir PORCIÚNCULA, André. O Direito da Personalidade à Intimidade Genética e os efeitos éticos do Projeto Genoma Humano. In: TRECCANI, Girolamo Domenico; MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARROSO, Lucas Abreu (Orgs.). *A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. CONPEDI*, v. 1, p.74-101. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=226>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

realização, como já assinalamos, é apenas *prima facie*, podendo sofrer restrições quando em colisão com outros direitos, dadas as circunstâncias fáticas e normativas existentes.

Uma vez entendido que os direitos da personalidade necessitam de reconhecimento estatal através do sistema jurídico vigente, surge outro importante questionamento: sendo os direitos positivados, são eles restritos a uma cláusula fechada, é dizer, a uma lista taxativa ou estão sujeitos a uma cláusula geral aberta, é dizer, há um direito geral de personalidade?

4.1.4 Direito geral da personalidade, monismo e pluralismo

Muito se discute sobre a extensão dos direitos da personalidade, notadamente se estão eles restritos a uma lista exaustiva de direitos positivados no ordenamento jurídico ou se podem ser extraídos de uma cláusula geral, aberta, que permite a sua aplicação a partir de um direito geral da personalidade, permitindo a ampliação independentemente de expressa previsão normativa de direitos específicos.

As teorias monistas e tipificadoras defendem que o rol de direitos da personalidade é exaustivo, sendo eles *numerus clausus*. Entre nós, se resumiriam àqueles previstos no art. 5º da Carta Constitucional de 1988. Referem-se, pois, dentre outros, à proteção do direito à vida, à integridade física, ao direito geral de liberdade, à proteção intelectual, à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. Como aponta Renan Lotufo, esta é a teoria adotada na Itália, contra a qual, aliás, se opõem autores como Perlingieri e Gianpiccolo.³⁶⁷

Orlando Gomes critica a ideia do direito geral da personalidade, a qual, como observa, não se compadece com a natureza positiva destes direitos, ao afirmar “A teoria dos direitos da personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões de sua construção se se apoia no Direito Positivo”, dado o pluralismo e a heterogeneidade dos direitos da personalidade que decorrem da diversidade dos seus bens jurídicos.³⁶⁸

³⁶⁷ LOTUFO, 2004, p. 56.

³⁶⁸ GOMES, 2010, p. 115.

Embora partilhemos da posição de que os direitos da personalidade são históricos, isto é, de que passam a existir a partir do reconhecimento estatal, e não com base em um direito natural, discordamos da ideia de que estão eles restritos a um rol taxativo, a uma lista fechada restrita, calcada em um sistema de regras. Neste particular, ousamos discordar de Orlando Gomes, ao afirmar que a ideia de um direito geral de personalidade não é consentânea com o direito positivo. A nosso sentir, as cláusulas gerais que tutelam os direitos da personalidade são sim compatíveis com o sistema positivo, desde que este sistema seja aberto, calcado em normas *prima facie* – de cunho principiológico –, e desde que se altere a forma de interpretação deste sistema.

Ora, como vimos, os direitos da personalidade foram originados a partir de uma nova perspectiva do homem, é dizer, de uma perspectiva integrada do valor dignidade, logo é possível afirmar que eles evoluem em paralelo à evolução da proteção da dignidade humana. Na lição de Roxana Borges, na medida em que a sociedade se torna mais complexa e as violações às pessoas proliferam, em razão do uso, aliás, de novos conhecimentos tecnológicos, novas situações demandam proteção jurídica.³⁶⁹

Em outras palavras, na medida em que os direitos da personalidade já reconhecidos pelo Estado não se revelaram suficientes para tutelar a dignidade humana, a interpretação pode extrair da norma inserida no sistema constitucional outros direitos personalíssimos. A ciência jurídica não vive isolada, fechada, como se autopoietica e auto-referenciada o fosse, mas, antes, convive com as demais ciências sociais, estabelecendo uma relação heteropoietica, o que se faz, aliás, através das cláusulas gerais³⁷⁰. Assim, os direitos da personalidade se desenvolvem de acordo com as transformações da sociedade, em todas as áreas do conhecimento científico, em especial quando, no campo social, práticas contumazes e nocivas contra o homem são praticadas.

Outra não é a lição de Pietro Perlingieri, para quem a divisão da tutela da personalidade em vários direitos da personalidade, na tentativa de tipificá-los, é uma clara escolha

³⁶⁹ BORGES, 2007, p. 25.

³⁷⁰ ENGISCH, 1988, p. 229, 234. English define cláusula geral como uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. E pontua: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.”

ideológico-política que pretende considerá-los como *fattispecie* típicas, no entanto o valor da pessoa humana não é apenas unitário como também dinâmico e elástico, o que demanda a tutela também de *fattispecie* atípicas, não previstas na legislação ordinária.³⁷¹

O direito geral da personalidade fora acolhido pela jurisprudência e doutrina alemã³⁷², tendo espalhado sua influência na Europa, sendo adotado também na Suíça Grécia, Áustria e Portugal. No Brasil, a natureza aberta dos direitos da personalidade pode ser extraída da norma principiológica contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo a qual “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”.

Não por outra razão, a IV Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 274, do qual se extrai o direito geral da personalidade: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”³⁷³

Paralelo à discussão sobre a natureza aberta ou fechada dos direitos da personalidade, surgiram duas teorias que passaram a se antagonizar quanto à existência de um direito geral da personalidade ou de diversos direitos específicos da personalidade. Trata-se das Teorias Monista e Pluralista. A primeira defende a existência de um direito geral de personalidade, entendendo a personalidade como um “complexo unitário de natureza física, psíquica e moral”³⁷⁴, de bens e valores essenciais da pessoa, não sujeita à fragmentação, de modo que deve ser o homem protegido como um todo, como um valor unitário. Doneda, citando Paulo Mota Pinto, afirma que o direito geral da personalidade

³⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 155-156.

³⁷² Sobre o direito geral da personalidade, conferir SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Almedina, 1984.

³⁷³ IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. ENUNCIADOS APROVADOS. *Enunciados n.ºs 272 a 396*. Coordenação de editoração Milra de Lucena Machado Amorim. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

³⁷⁴ AMARAL, 2008, p. 287.

teria como objeto a personalidade em todas as suas manifestações, tutelando a sua livre realização de desenvolvimento e adequando-se à sua complexidade.³⁷⁵

A segunda defende a existência de direitos autônomos da personalidade e não um direito geral da personalidade, pois tutelam bens jurídicos distintos, tais como a vida, a liberdade, a vida privada, a intimidade e a honra.³⁷⁶

A par desta discussão, é possível afirmar que existe um direito geral da personalidade, cuja base é a proteção da dignidade humana, e direitos especiais da personalidade, não antagônicos ao primeiro, que tutelam diferentes aspectos – físico, psíquico, moral e espiritual -, da pessoa humana. Dito isto, vejamos quais são as possíveis, mas não exaustivas, classificações destes direitos da personalidade.

4.1.4.1 Classificação dos direitos da personalidade

Dados os vários aspectos de proteção da pessoa humana, classificam-se os direitos da personalidade de múltiplas formas. As classificações apresentadas, antes de denotar um juízo de correção e de exclusão, encerram apenas formas didáticas de se conhecer e de separar os direitos por grupos, em razão da proximidade dos bens tutelados, o que não infirma, em muitos momentos, a inserção de um mesmo direito em mais de um grupo.

Limongi França classifica os direitos da personalidade em três grupos fundamentalmente: 1) direito à integridade física, no qual se encontram o direito à vida e aos alimentos, o direito sobre o próprio corpo, vivo ou morto, o direito sobre o corpo alheio, vivo ou morto, o direito sobre as partes separadas do corpo, vivo ou morto; 2) direito à integridade intelectual, no qual se encontram o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal de autor científico, o direito pessoal de autor artístico e o direito pessoal de inventor; 3) direito a integridade moral, no qual estão o direito à liberdade civil, política e religiosa, o direito à honra, o direito à honorificência, o direito

³⁷⁵ DONEDA, 2006, p. 89.

³⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ao recato, o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, o direito à imagem, o direito à identidade pessoal, familiar e social.³⁷⁷

Orlando Gomes separa os direitos da personalidade em dois grupos: 1) os direitos à integridade física, nos quais estão o direito à vida e o direito sobre o próprio corpo, sendo este subdividido em direito ao corpo inteiro e sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica; 2) direitos à integridade moral, nos quais estão o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.³⁷⁸

Francisco Amaral afirma que a classificação deve ser feita com base na tutela do físico, do intelecto e da moral, pelo que a divide em: 1) direito à integridade física; 2) direito à integridade intelectual; 3) direito à integridade moral, muito embora, em alguns momentos, se equivalem entre si. Dentro do primeiro grupo (integridade física), estariam a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo, quer na sua totalidade, quer na relação a tecidos órgãos e partes do corpo humano suscetíveis de separação e individualização, quer no tocante ao corpo sem vida, o cadáver, ainda, o direito à liberdade de alguém de se submeter a exame ou tratamento médico. No segundo grupo (integridade moral), está a proteção jurídica à honra, à liberdade, à intimidade, à imagem e ao nome. No último grupo (integridade intelectual), está a tutela jurídica ao direito do autor, isto é, o direito de reivindicar a paternidade de obra, e o direito patrimonial consistente no direito de dispor da obra, explorá-la e dela dispor.³⁷⁹

Sem qualquer finalidade de exclusão, mas, antes, de complementação, entendemos que os direitos da personalidade devem ser divididos em quatro grandes grupos de tutela jurídica *prima facie*. São eles: 1) direito à integridade e à não integridade física, no qual estão os direitos especiais à vida digna, aos alimentos, inclusive, os gravídicos, e o direito de disposição do próprio corpo, vivo ou morto, total ou separadamente, através dos seguintes meios não exaustivos: doação ou não recepção de órgãos contra a sua vontade, incluindo sangue, cessão de uso para fins de experimentação científica gratuita ou onerosamente, aluguel, gratuito ou oneroso, de útero para gravidez, direito ao

³⁷⁷ FRANÇA, 1966, p. 329-330.

³⁷⁸ GOMES, 2010, p. 116.

³⁷⁹ AMARAL, 2008, p. 295.

embelezamento, alteração de sexo, independente da alteração de nome civil e *body art*. 2) direito à integridade intelectual, no qual estão as mais diversas formas de tutela do direito autoral e de combate à pirataria (obras literárias, filmes, desenhos artísticos, ao nome comercial, desenhos industriais, invenções e marcas); 3) direito à integridade moral, no qual estão o direito ao nome, à honra, à vida privada, à intimidade, o segredo pessoal, doméstico e profissional, o sigilo genético, o controle de dados pessoais na *Internet*, o direito à construção da identidade pessoal, familiar e social, e o esquecimento; 4) direito à livre comunicação, no qual se inserem, liberdade de opinião e de manifestação de pensamento, a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade de informação jornalística ou de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação, isto é, de acessar e receber informações de banco de dados de órgãos públicos ou de empresas privadas quando de natureza pública.

Interessa especialmente aqui, no avançar da pesquisa, nos debruçarmos sobre o grupo dos direitos da personalidade à integridade moral, pelo que passamos à análise da privacidade na atual era da informação.

4.2 UM PANORAMA DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A tutela do direito à privacidade tem sofrido profundas mutações ao longo do tempo, com o objetivo de anteder aos anseios sociais, notadamente em razão da substancial e veloz evolução da tecnologia e da biotecnologia. Longe da sua concepção embrionária do direito americano, relacionada ao direito de ser deixado a só, ao direito à solidão, ao silêncio, ao direito de não ser incomodado, também referido como *right to be alone*, *zero-relationship*, segundo lição trazida por Samuel Warren e Louis Brandeis em artigo publicado, em 1890, na *Harvard Law Review*, intitulado *The right to privacy*³⁸⁰, hoje a

³⁸⁰ WARREN, Samuel; BRANDEIS Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 09 set. 2015. Os autores referem-se ao nascimento do direito de privacidade como desdobramento do direito de propriedade: "Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of

preocupação vai mais longe, no sentido de que a privacidade busca tutelar a igualdade, a liberdade de escolha, a não discriminação, a autorrealização, a autodeterminação, a construção e o desenvolvimento da identidade social e da personalidade do indivíduo. É dizer, privacidade está diretamente ligada à autonomia e à construção da esfera existencial da pessoa.

Embora comumente se refira ao nascimento do direito à privacidade à noção trazida por Samuel Warren e Louis Brandeis, no artigo intitulado *The right to privacy*, os próprios autores fazem referência à concepção de privacidade, sob outro ângulo, é bem verdade, trazida, quarenta anos antes, por Robert Kerr, que a ela se referiu como “direito à autodeterminação informativa”. Maria Celina Bodin de Moraes observa um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade – da inicial definição *the right to be alone* ao atual direito de acesso e controle de dados como forma de manifestação de poder³⁸¹.

Antes, porém, de avançar, cumpre observar que a doutrina interna e externa costuma empregar expressões distintas para se referir à privacidade, referindo-se à ela, não exaustivamente, como vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato ou reserva. Na França, refere-se ao *droit au secret de la vie privée* ou *la protection de la vie privée*, na Itália, ao *diritto alla riservatezza ou segretezza*, em Portugal, à reserva da intimidade da vida privada, e, na Espanha, ao *derecho a la intimidad*.

O Poder Constituinte originário, no exercício do seu poder ilimitado e incondicional, optou por usar as expressões vida privada e intimidade. O texto constitucional e o Código Civil não se encarregaram de diferenciar o que se tem por intimidade e vida privada, deixando a cargo da doutrina de fazê-lo.³⁸² Segundo a lição de José Afonso da

extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession -- intangible, as well as tangible.”

³⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação do autor e da obra. In: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 07.

³⁸² Danilo Doneda esclarece que, embora o texto constitucional tenha feito referência a duas expressões distintas – vida privada e intimidade –, não significa que estamos diante de dois institutos distintos que devem ser valorados de forma distintas, pois, para ele, a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganha assento constitucional, podem ter levado o legislador a optar pelo excesso, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma. Demais, afirma que a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o seu alto grau de subjetividade, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação

Silva, direito à privacidade deve ser visto “em sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”.³⁸³ Usaremos, pois, a terminologia privacidade para representar o direito geral de proteção da esfera privada, dentro da qual se encontram todas as demais formas de exteriorização: vida privada, intimidade, recato, segredo, honra, imagem e esquecimento.

Feita esta ressalva, há de se apontar que o nascimento da privacidade pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram ligados por organizações que se refletiam na sua vida cotidiana: o isolamento era conferido a pouquíssimos que viviam distantes da comunidade: místicos, monges, pastores ou bandidos.³⁸⁴

Não havia intimidade sequer da classe mais abastada. A possibilidade de isolamento, no entanto, se estendeu, a partir da segunda metade do século XIX, como desdobramento das transformações socioeconômicas da Revolução Industrial, a aqueles que detinham condições materiais para tanto. A privacidade tornou-se, no magistério de Stefano Rodotà, forma de diferenciar a burguesia das demais classes, é dizer, o burguês, em outros termos, apropria-se de seu “espaço”, com uma técnica que lembra aquela estrutura para a identificação de um direito à propriedade “solitária”, pelo que, citando Benditch, afirma “*proverty and privacy are simply contradictoires.*”³⁸⁵

Assim, calcado em uma visão essencialmente patrimonialista do fim do século XIX e início do século XX, a tutela da privacidade se desenvolveu inicialmente como desdobramento da proteção da propriedade privada, associada aos institutos do *trespass*, *nuisance* e *conspiracy*.³⁸⁶ No Brasil, desde a Carta Imperial de 1824, tutela-se a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, da qual pode se extrair indiretamente o direito à privacidade.³⁸⁷ Há referências mais antigas à privacidade, sob as acepções de

do direito fundamental da pessoa humana em questão. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 110.

³⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 208.

³⁸⁴ RODOTÀ, 2008, p. 26-27.

³⁸⁵ RODOTÀ, loc. cit.

³⁸⁶ O artigo escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis - *The right to privacy* - já refletia uma tendência de ruptura da proteção à privacidade ligada à propriedade, pois fazia referência à *inviolable personality*.

³⁸⁷ DONEDA, 2006, p. 116.

solidão, retiro e interiorização –, na filosofia antiga. Sêneca considerava a amizade e a fidelidade entre os mais altos sentimentos humanos, e a intimidade e o retiro os instrumentos necessários para alcançá-los.³⁸⁸

Na atual era da informação, aumenta-se a preocupação com a circulação indiscriminada de dados pessoais, especialmente na *Internet*, que resulta, invariavelmente, na construção de identidades digitais. No campo da engenharia genética, a privacidade também ganha papel de destaque, tornando-se premente a necessidade de se regulamentar o acesso, a circulação e o sigilo de dados genéticos, para se evitar estigmas e discriminações em relações jurídicas com base em traços hereditários, interferindo na construção livre da identidade pessoal do indivíduo.³⁸⁹

A “sociedade do registro”, como já tem sido chamada, tornou o acesso e o armazenamento de informações pessoais a regra. Redes sociais, compras e cadastros *on line* tornaram a privacidade mais relativa e acessível a terceiros, de modo que, para Schreiber, tão perigosa quanto a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, “é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensivas, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet”.³⁹⁰

São, pois, diversos os dilemas que recaem sobre a privacidade na atualidade. Biografias não autorizadas, *reality shows*, circulação de dados pessoais na *Internet*, escutas telefônicas, monitoramentos de *e-mails*, câmeras de vigilância, captação de imagens em locais públicos ou privados, sátiras ou outras formas de humor que veiculam características pessoais, devassando-as ao público em geral. É de se ver, pois, que, na atual sociedade da informação, não apenas as pessoas públicas se tornam personagens midiáticos, mas, antes, a pessoa comum também o faz.

No campo das milenares obras biográficas, cresce a preocupação quanto à divulgação, sem autorização, de fatos da vida íntima do biografado, nunca revelados ou, se revelados, esquecidos pela memória social, que, direta ou indiretamente, atingem a sua

³⁸⁸ DONEDA, 2006, p. 123.

³⁸⁹ PORCIÚNCULA, 2014.

³⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137.

honra, objetiva e subjetiva, e sua imagem-atributo.³⁹¹ Como bem ensina Leonor Arfuch, a interrogação acadêmica não recusa aquela proximidade biográfica dos notáveis (líderes, pensadores, intelectuais, artistas, cientistas) que dê conta da misteriosa relação entre vida e obra. A paixão do “ao vivo”, do registro personalizado da palavra do protagonista, da testemunha, do partícipe, do coetâneo, a captura obsessiva da vivência, da lembrança, da rememoração, se retroalimentam incessantemente num e noutro campo, tornando evasiva a linha de demarcação³⁹² entre o espaço público e o privado.

E, neste cenário, descortina-se a preocupação quanto à privacidade sob o aspecto do controle do acesso e da divulgação de informações e de dados pessoais na contemporaneidade.

4.2.1 Privacidade e controle de dados pessoais: o uso justo

Na medida em que as relações sociais tornam-se mais complexas, com o crescente fluxo de informações, mais se reclama também da proteção de “novos direitos”³⁹³, a qual passa, irremediavelmente, pelos espaços e bens de tutela da privacidade. A privacidade de hoje não é mais a privacidade de outrora, tendo ganhado uma dimensão coletiva sob o aspecto do acesso e do controle de dados: a chamada “autodeterminação informativa”, muito mais ampla que a antiga perspectiva individualista do direito ao recato e à solidão.

Na lição de Danilo Doneda, a privacidade das últimas décadas passou a relacionar-se com uma série de interesses, modificando substancialmente o seu perfil. Destaca que privacidade, na sociedade da informação, entendida na forma de proteção de dados pessoais, antes de garantir o mero isolamento ou a tranquilidade, deve proporcionar ao indivíduo meios necessários para a construção e a consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade, é

³⁹¹ A honra subjetiva refere-se à concepção que a própria pessoa tem de si. A honra objetiva refere-se, por seu termo, à concepção que a sociedade – terceiros –, tem do outro. É a sua reputação, sua boa ou má fama, no meio social. A imagem atributo refere-se às características que individualizam e identificam o indivíduo socialmente. O tema será retomado.

³⁹² ARFUCH, Leonor. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 2010. p. 242.

³⁹³ A expressão “novos direitos” é referida, via de regra, aos direitos ligados à tecnologia, cuja dimensão hoje é absolutamente ampla, não passível, portanto, de uma conceituação hermética.

dizer, que tenha um papel positivo na sua própria comunicação e no relacionamento com os demais.³⁹⁴

A circulação indiscriminada de informações e de dados pessoais de toda sorte – familiar, profissional, social, genético –, na atual “sociedade do registro”, traz novos clamores da tutela da privacidade, como “o direito de controlar a maneira na qual os outros utilizam as informações a nosso respeito” (A. Westin), os chamados “dados sensíveis” ou “perfis sociais e individuais”, ou o direito à “proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social (L. M. Friedman), ou o direito à “reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto” (J. Rosen) ou o “direito de não saber” ou o “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” ou “o direito à autodeterminação informativa”(S. Rodotà).³⁹⁵

Esta nova perspectiva de proteção da privacidade relacionada ao controle de informações e dados pessoais tornou-se relevante, de modo que, em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico³⁹⁶ e o Conselho da Europa³⁹⁷ adotaram dois instrumentos de proteção nesta área: os Princípios e Diretrizes e a Convenção 108. Em 1995, a Diretiva da Comunidade Europeia 95/46 destacou a relevância da proteção de dados pessoais e, em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconheceu a proteção de dados como direito autônomo.³⁹⁸ Nesse sentido, afirma Rodotà:

Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental

³⁹⁴ DONEDA, 2006, p. 23-24.

³⁹⁵ RODOTÀ, 2008, p. 15.

³⁹⁶ A OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –, é uma organização internacional, composta por 34 países e com sede em Paris, França. A OCDE tem por objetivo promover políticas que visem o desenvolvimento econômico e o bem-estar social de pessoas por todo o mundo. O combate à corrupção e à evasão fiscal faz parte da agenda da OCDE, tendo já conseguido resultados otimistas em alguns países. Tradução livre. OCDE.ORG. Disponível em: <<http://www.oecd.org/>>. Acesso em: 10 set. 2015.

³⁹⁷ O Conselho da Europa - *Council of Europe* ou *Conseil de l'Europe* é uma organização internacional fundada a 5 de maio de 1949, a mais antiga instituição europeia em funcionamento. Os seus propósitos são a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Tradução livre. COUNCIL OF EUROPE. Disponível em: <<http://www.coe.int/pt/web/portal/home>>. Acesso em: 10 set. 2015

³⁹⁸ RODOTÀ, op. cit., p. 16.

autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio.³⁹⁹

Mas a discussão da tutela da privacidade, sob a perspectiva do controle de dados, avança a passos não tão rápidos quanto os da tecnologia, que, nos dias atuais, já permite a identificação de pessoas e a troca de informações por biometria⁴⁰⁰, traços genéticos, pela nanotecnológica⁴⁰¹, por radiofrequência⁴⁰², por técnicas de localização ou até por implantes no corpo.

Já se fala em identidades digitais retratadas na *Second Life*. É dizer, pessoas passam a integrar um mundo 3D, em que todos os personagens são pessoas reais, mas com características virtuais. Dentro deste mundo virtual, pago pelo usuário, cria-se uma versão sua em 3D, sua expressão própria, através de milhares de itens vendidos no *marketplace*⁴⁰³, que variam desde cabelo, sapato, moda, joias, a armas, casa, negócios, veículos, recreação e entretenimento. As experiências e possibilidade virtuais são infinitas, através de uma vida sem limites, criada pela imaginação do usuário. Torna-se possível descobrir talentos artísticos, compartilhando obras, fotografias e vídeos do Avatar, assim como viajar, virtualmente, para inúmeros lugares belos e divertidos⁴⁰⁴, conhecer, dialogar, fazer amigos e manter relações sexuais virtuais, usando, inclusive, a voz. Em pouco tempo, falaremos de personalidade jurídica digital e em uma nova cidadania, a cidadania digital, momento em que a proteção de direitos da personalidade poderá ser estendida à *Second Life*, através de uma Carta de Direitos do Avatar.

Quanto à circulação de dados já referida, discute-se sobre o princípio do controle de dados, chamado por A. F. Westin, E. Beardsley, A. R. Miller, H. Lusk de princípio do

³⁹⁹ RODOTÀ, 2008, p. 17.

⁴⁰⁰ Biometria é meio tecnológico que permite a identificação da pessoa por características físicas biológicas e únicas dos seres humanos.

⁴⁰¹ Nanotecnologia é a disciplina que estuda a manipulação do átomo ou da molécula e que pretende aplicar a tecnologia para reduzir bens à grandeza de nanômetro, ou seja, da ordem de bilionésimos de metros com dimensões reduzidíssimas. Através da nanotecnologia, é possível armazenar o acervo da Biblioteca Nacional, por exemplo, em um dispositivo do tamanho de um cubo de açúcar.

⁴⁰² Radiofrequência consiste em frequência de onda eletromagnética, intermediária entre as audiófrequências e as frequências infravermelhas, usadas em transmissão de rádio e de televisão, e, atualmente, também em tratamentos estéticos.

⁴⁰³ Para mais informações sobre itens para caracterizar Avatares, conferir *Second Life Marketplace*. Disponível em: <https://marketplace.secondlife.com/?lang=pt-BR>.

⁴⁰⁴ Sobre guias de destino do Avatar, conferir *Second Life Destinations*. Disponível em: <http://secondlife.com/destinations?lang=pt-BR>

“*control of information about oneself*”⁴⁰⁵, consiste na atribuição aos interessados de um poder autônomo de controle através de instrumentos jurídicos de acesso à informação.

Tivemos a oportunidade de nos manifestarmos sobre a proteção, o acesso e a circulação de dados pessoais, notadamente de dados genéticos, sob a nova perspectiva da privacidade, em artigo publicado, intitulado o *Direito da personalidade à intimidade genética e os efeitos éticos do projeto genoma humano*⁴⁰⁶. Enfatizamos que, sob o enfoque das evoluções biomédicas, a ciência é impulsionada a desvendar novas alternativas terapêuticas e sobrevida para doenças até então incuráveis, na medida em que mutações genéticas são responsáveis por aproximadamente seis mil doenças hereditárias, já identificadas, que afligem cotidianamente a sociedade. Neste contexto, o Projeto Genoma Humano surgiu justamente com o ideal de mapear os genes da espécie humana, fornecendo a sequência completa do DNA humano, com o objetivo de desenvolver pesquisas biomédicas na busca de prevenção e de tratamentos até então inexistentes.⁴⁰⁷

Contudo, juntamente com as conquistas advindas do avanço biotecnológico, advieram também os riscos e as consequências ético-jurídicas decorrentes do acesso e da circulação indiscriminada de informações genéticas. A descoberta prematura de uma doença hereditária grave pode antecipar o sofrimento de um paciente até então saudável, violando o seu direito à privacidade de “não saber”. O acesso a dados genéticos pode gerar discriminação no momento da contratação de emprego, da admissão em cargos públicos ou da seleção para atividades desportivas⁴⁰⁸, como pode influenciar relações

⁴⁰⁵ RODOTÀ, 2008, p. 46.

⁴⁰⁶ PORCIÚNCULA, 2014.

⁴⁰⁷ Como bem observa Flávia de Paiva Medeiros Oliveira a descoberta da estrutura do DNA ou ADN já é considerada um componente fundamental da sociedade da informação, eis que, ao decifrar, manipular e reprogramar códigos de informação de matérias vivas, permite amplo conhecimento sobre o ser humano e informações básicas sobre a sua individualidade. OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros. *Direito Humano, Direito à intimidade e Novo Código Civil: problemas e soluções. Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 29, n.1, jan. 2004.

⁴⁰⁸ Em 2004, a Confederação Brasileira de Vôlei cortou, temporariamente, da seleção de vôlei da categoria juvenil que participaria do Campeonato Sul-Americano uma atleta negra de 16 anos que fora diagnosticada, após exames de sangue, com doença hereditária - traço falciforme -, um tipo de doença genética que interfere na produção de hemácias e pode levar à morte súbita. A anemia falciforme incide com frequência na população brasileira, principalmente na população negra, tendo relação, portanto, com sua origem africana. No passado, nos Estados Unidos e no Brasil, a anemia falciforme era tratada por políticas públicas com uma abordagem essencialmente racial. A Confederação Brasileira de Vôlei fundamentou a sua decisão no interesse maior de proteger a saúde da atleta embora outras alternativas fossem possíveis. A medida drástica de limar a jogadora da equipe desportiva, aparentemente legitimada por exames médicos, representou emblemático caso nacional de discriminação genética.

civis outras, tais como o aumento do prêmio pago pelo segurado às seguradoras ou aos planos de saúde, quando da celebração de contratos de seguro ou de assistência médica, ou, ainda, efeitos prejudiciais em relações familiares, ensejando pedidos de anulação de casamento ou divórcios fundamentados em informações genéticas acessadas em bancos de dados públicos ou privados.

É de se ver que a ausência de controle do acesso e da circulação de dados pessoais é assaz preocupante. Não por outra razão, na Espanha, vige o *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997* (Convenio de Oviedo), que proíbe toda forma de discriminação de uma pessoa em razão de seu patrimônio genético, limita o Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)⁴⁰⁹ e exige o consentimento informado para a realização de qualquer procedimento genético. Nesse mesmo sentido, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco de 2005 dispõe que os avanços da ciência e as aplicações tecnológicas devem respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ratificando a capacidade que possui o ser humano para refletir sobre sua própria existência e seu entorno, assim como para perceber injustiças, evitar o perigo e assumir responsabilidades, buscar a cooperação de princípios éticos.⁴¹⁰

No Brasil, embora a legislação ainda seja tímida quanto ao controle de dados genéticos, já se observa uma tendência à sua proteção. A Lei Federal 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e de esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, tipificando como crime a conduta de exigir teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou ao estado de gravidez. A norma, com se vê, sinaliza a preocupação do legislador com a proteção da privacidade, sob o enfoque da circulação de dados sensíveis relacionados ao segredo genético.⁴¹¹

PORCIÚNCULA, 2014.; RAMALHO, Antônio. S. et al. A Portaria MS n. 822/01 e a triagem neonatal dos hemoglobinopatias. *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, v. 24, n. 4, 2002; SCHREIBER, 2013, p. 174-176. CBV reconhece erro no caso Alessandra. *Estadão Esportes*, 06 maio 2014. Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/geral,cbv-reconhece-erro-no-caso-alessandra,20040506p54033>>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁴⁰⁹ Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) consiste em procedimento médico capaz de verificar se um embrião fecundado em laboratório apresenta alguma anomalia genética a justificar o seu descarte.

⁴¹⁰ UNESCO. Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco de 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁴¹¹ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 231/2000, de iniciativa do Senador Juvêncio da Fonseca, proposto em 23/10/2000, que propõe alterar a Lei 9656/98, que dispõe sobre os planos e seguros

Atento à necessidade de regulamentação da matéria, em 9 de junho de 2011, publicou-se a Lei 12.414, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, os chamados “escores de crédito” ou *credit scoring*.⁴¹² Embora, para o STJ, o *credit scoring* não seja considerado banco de dados, pelo que seu acesso prescinde de autorização do consumidor –, sua utilização deve observar alguns limites, dentre eles o limite temporal de 5 anos para registros negativos e de 15 anos para o histórico de crédito⁴¹³, assim como a vedação de uso de dados sensíveis, assim considerados aqueles pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.⁴¹⁴ Ao consumidor é assegurado o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.⁴¹⁵

privados de assistência à saúde, para acrescentar o artigo 14-A, nos seguintes termos: “Art. 14-A: É vedada a exigência de teste genético para detecção prévia de doenças para o ingresso nos planos ou seguros privados de assistência à saúde”. BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei 231/2000*. Brasília. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei:pl:2006-07-28;7373>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴¹² Nas palavras do Min. Sanseverino, o *credit scoring* tem origem nos EUA, tendo sido primeiramente referenciado em trabalho de autoria de David Durand, no ano de 1941, intitulado *Risk Elements in Consumer Installment Financing*, no qual se desenvolveu técnica estatística para se distinguir os bons e os maus empréstimos, atribuindo-se pesos diferentes para cada uma das variáveis presentes. O *credit scoring* passou a ser bastante utilizado nos EUA, a partir da década de 60, como sistema de pontuação de crédito, em operações de crédito, notadamente em contratos de concessão de cartão de crédito. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.419.697-RS*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13 dez. 2000 (Informativo 551). Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0/relatorio-e-voto-152068681>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁴¹³ Art. 14 da Lei 12.414/11: As informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos. BRASIL. Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação do histórico de crédito. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁴¹⁴ Art. 3º, § 3º, da Lei 12.414/11: Ficam proibidas as anotações de: I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

⁴¹⁵ Nesse sentido, conferir o Enunciado 550 da Súmula Dominante do STJ: A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 14/10/2015, DJe 19/10/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=11>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Imbuído deste mesma preocupação quanto à proteção de dados pessoais, em outubro de 2015, o Ministério da Justiça, após receber aproximadamente mil e trezentas contribuições de diversos setores da sociedade civil, concluiu anteprojeto de lei, a ser encaminhado à Casa Civil da Presidência da República⁴¹⁶, o qual prevê a criação do Conselho Nacional de Proteção de Dados⁴¹⁷, e regulamenta o acesso e a circulação de dados pessoais, dentre os quais estão números identificativos, dados de localização, dados eletrônicos e dados sensíveis relativos a informações genéticas, biométricos, à saúde, à vida sexual, a opiniões políticas, à filiação a sindicatos, predileções políticas, religiosas, filosóficas, além de origem racial ou étnica⁴¹⁸.

O anteprojeto traz a necessidade de consentimento livre e inequívoco do titular para o uso de dados pessoais, os quais deverão se limitar à finalidade para a qual foram coletados, havendo a possibilidade de serem apagados ao final do uso. Quanto aos dados sensíveis, o anteprojeto traz maior rigor quanto ao seu acesso, uso e circulação, exigindo consentimento inequívoco, expresso e específico pelo titular mediante manifestação própria, distinta da manifestação de consentimento relativa a outros dados pessoais e com informação prévia e específica sobre a natureza sensível dos dados a serem tratados, com alerta quanto aos riscos envolvidos no seu tratamento. Excepcionalmente, ainda que sem consentimento do titular, o uso de dados sensíveis seria autorizado para cumprir obrigação legal pelo responsável, tratamento e uso compartilhado de dados relativos ao exercício regular de direitos ou deveres previstos em leis ou regulamentos pela administração pública, realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis, exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, tutela da saúde,

⁴¹⁶ MJ divulga anteprojeto de lei sobre proteção de dados pessoais. *Abranet. Associação Brasileira de Internet*, 21 out. 2015. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/MJ-divulga-anteprojeto-de-lei-sobre-protecao-de-dados-pessoais-872.html#.VmzB5korLIU>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴¹⁷ O Conselho Nacional de Proteção de Dados será formado por integrantes do poder público federal, do Congresso Nacional, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, da sociedade civil, de integrantes da academia, do Conselho Gestor da Internet e do setor privado. BRASIL. *Anteprojeto de lei*. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/inf/apl_dadospessoais.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴¹⁸ Anteprojeto de lei. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: III - dados sensíveis: dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos ou biométricos. BRASIL. *Anteprojeto de lei*. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/inf/apl_dadospessoais.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias.

Constata-se, portanto, que a “*cable privacy*” ou privacidade de dados, como se vê, demanda uma regulação estatal – “*regulation*”, embora tenha crescido, como aponta Rodotà, forte corrente favorável à “*deregulation*” em ambientes governamentais e científicos, sob a ilusão de uma capacidade de auto-ordenação do mercado.⁴¹⁹ A necessidade de regulação não se resume à exigência, por parte do Estado ou de particulares, da realização de testes preditivos⁴²⁰, mas também à forma como são coletadas as informações e à destinação a que a elas são dadas. A regulação necessita prever, portanto, as hipóteses que reclamam e que prescindem do consentimento informado/esclarecido do paciente, para a colheita e uso de informações genéticas pessoais⁴²¹ e os efeitos decorrentes do seu uso, não as deixando ao alvedrio da iniciativa privada.⁴²²

⁴¹⁹ RODOTÀ, 2008, p. 52-53. “[...] nos Estados Unidos, onde a insistência sobre a *deregulation*, por parte da administração de Reagan, foi particularmente relevante, o presidente da *Federal Communications Commission* (FCC) Fowler, declarou ao Congresso, em fevereiro de 1982, que não julgava que os problemas da “*cable privacy*” necessitariam de uma intervenção do governo federal. Mas a FCC foi muito além, em um estudo dedicado a *Economics and privacy in telecommunications*, sugerindo explicitamente ao governo federal que confiasse a proteção da privacidade apenas ao jogo das regras do mercado [...]”

⁴²⁰ Testes preditivos são exames que identificam anomalias genéticas e apontam o percentual de probabilidade de ocorrência, possibilitando a antecipação de diagnóstico e de tratamentos.

⁴²¹ Na Inglaterra, segundo o relatório da *Inside Information, o Data Protection Act*, consentimento só é exigido na primeira coleta de material para realização de exames genéticos. Não se exige novo consentimento para o uso subsequente das informações genéticas pessoais, contudo o uso é submetido ao princípio do processamento justo (*fair processing principle*), que proíbe a tomada de decisões sobre indivíduos com base em dados genéticos ou qualquer outra utilização que lhe cause danos. Demais a Secretaria de Estado dos Estados Unidos tem autoridade para dispensar o consentimento do paciente quando a obtenção do consentimento for impossível, quando o resultado for codificado ou anônimo ou, ainda, quando o uso de dados genéticos for para pesquisas estatísticas e epidemiológicas. CORRÊA, Adriana Espínola. *O corpo digitalizado: banco de dados genéticos e sua regulação jurídica*. 2009. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 set. 2015. Nos Estados Unidos, a Regra de Privacidade do Ato de Portabilidade e Responsabilidade de Seguro de Saúde (HIPAA) exige autorização do paciente para liberar informação médica, incluindo resultados de testes genéticos, sob pena de responsabilidade civil e criminal. NUSSBAUM, Robert. L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington. *Thompson & Thompson, genética na medicina*. 7. ed. Tradução: Luciane Faria de Souza Pontes et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 461.

⁴²² O governo da Islândia, no ano de 2000, concedeu a uma empresa privada norte-americana de nome *DeCode* o direito de projetar, construir e gerir um banco de dados de prontuários médicos da população islandesa, além do direito de cruzar essas informações com os dados genéticos e genealógicos dos islandeses com a finalidade de desenvolver pesquisas sobre a influência genética no desenvolvimento de doenças. A *DeCode* celebrou contratos com indústrias farmacêuticas e lançou programas de desenvolvimento de drogas para o combate, dentre outras doenças, do mal de Alzheimer, da doença de Parkinson e do câncer de pulmão. O procedimento fora amparado por uma lei específica que presumia o

Fixadas as premissas da privacidade enquanto direito geral de proteção da esfera privada, passemos à investigação dos direitos específicos à esfera privada, à honra, à imagem e ao esquecimento.

4.2.1.1 *Vida privada*

Comumente a doutrina civilista costuma se referir à vida privada como direito específico que se desdobra da noção geral de privacidade e se relaciona às relações sociais em geral, familiares ou profissionais. Utiliza-se da teoria dos círculos concêntricos para dizer que vida privada refere-se à proteção de informações pessoais não tão secretas quanto aquelas ligadas à intimidade. Tal separação, contudo, no plano abstrato, não se revela plenamente correta, na medida em que a noção de vida privada é móvel, flexível, mutável de acordo com a pessoa, o tempo e o espaço, no qual inserida. É possível que um mesmo fato possa se referir à vida privada de uma pessoa, à intimidade de outra ou não se referir nem a vida a priva privada tampouco a intimidade de uma terceira, variando, pois, de acordo com o grau de sigilo a ele conferido por cada uma delas.

Em todo caso, em um prisma abstrato, é possível compreender vida privada sob duas perspectivas, a tradicional e a moderna. Pela perspectiva tradicional, vida privada refere-se à esfera de proteção normativa, sob um viés negativo, que tutela à inviolabilidade de domicílio, do local de trabalho, de informações pessoais – nome, endereço, telefone, CPF, RG, estado civil –, de dados bancários, de comunicação, aqui incluindo a tutela contra a interceptação de conversas telefônicas ou contra a quebra do sigilo de comunicação – mensagens eletrônicas por *e-mail*, aplicativos, redes sociais, ou por correspondências, protegendo-se, ainda, contra ofertas publicitárias não solicitadas, sempre se voltando às ideias de não publicidade, de reserva, do direito de estar só ou de estar tranquilo.

consentimento de todos os cidadãos envolvidos com relação à criação do banco de dados e o uso das informações genéticas. Sucede que, em 2007, a *DeCode* passou por grave crise financeira, tendo sua falência sido decretada em 2009, quando as informações genéticas de mais de 140.000 islandeses correram o risco de parar em poder de credores da empresa, os quais, dada a ausência de regulamentação sobre a matéria, poderia dar as mais diversas destinações aos referidos dados. Ao final, as informações foram transferidas a uma subsidiária da empresa que continua a fazer o mesmo uso das informações colhidas. SCHREIBER, 2013, p. 173-174.

Em uma segunda perspectiva, moderna, pode-se compreender proteção à vida privada sob um viés positivo, isto é, como a possibilidade do seu titular requerer o acesso a informações contidas em banco de dados públicos ou privados, requerer a sua retificação, a justificação ou a supressão de uma informação⁴²³, sempre se voltando ao controle de dados pessoais.

José Afonso da Silva obtempera que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um exterior e outro interior. A vida exterior refere-se às relações sociais e às atividades públicas das pessoas, podendo ser objeto de pesquisas e divulgações de terceiros, eis que públicas. A vida interior, contudo, é aquela que se debruça sobre a vida pessoal do indivíduo, sobre os membros da sua família, sobre os seus amigos, sendo esta inviolável pela Constituição Federal.⁴²⁴

Roxana Borges se refere à vida privada *stricto sensu* como sinônimo de privacidade, cujo objetivo é “permitir à pessoa excluir do conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais ou domésticos, suas preferências em geral, características e apelidos”, que são de conhecimento apenas daqueles que participam de sua vida privada, do seu círculo familiar mais próximo e seus amigos.⁴²⁵

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho referem-se à vida privada como sinônimo de privacidade, da qual emana o direito de estar a só, o direito à proteção de dados na *Internet*, no qual se inclui, aliás, o de não receber oferta de produtos e serviços indesejáveis através dos conhecidos *spams*, o direito ao segredo das comunicações – de correspondências, telefônico e telegráfico –, o segredo doméstico, que se traduz na inviolabilidade de domicílio, aplicável, inclusive, entre os membros da própria unidade familiar residentes no mesmo domicílio, e o segredo profissional que se estabelece nas relações entre médico-paciente, advogado-réu, professor-aluno.⁴²⁶

⁴²³ A tutela da vida privada sob o viés da supressão de informação pessoal contida em banco de dados liga-se diretamente ao direito ao esquecimento que, como será visto, já permite ao seu titular requerer a buscadores da *Internet* que disassociem informações deletérias à sua dignidade à sua identidade digital.

⁴²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 210.

⁴²⁵ BORGES, 2007, p. 163.

⁴²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 221.

A vida privada, sem embargo, diz respeito ao modo de ser, de agir, ao modo de viver de cada pessoa, em público ou perante o público. Significa dizer que cada um tem direito a seu próprio estilo de vida, direito de escolher o modo de conduzir sua vida em geral. O direito da personalidade à vida privada refere-se à capacidade de construir a sua identidade pessoal, de se autodeterminar e de se autorealizar enquanto pessoa.

Mais do que uma diferenciação conceitual de vida privada e intimidade, defendemos a ideia de que a noção de vida privada varia de acordo com o sujeito, o tempo e o espaço cultural, do qual se extrai a sua interpretação. A informação quanto à opção sexual de cada um pode ora se referir uma informação da vida privada ou da intimidade a depender, por exemplo, de como o sujeito encare tal informação.

Inúmeras são as controvérsias que pairam sobre a invasão da vida privada, em especial envolvendo pessoas públicas. Em uma perspectiva histórica, afirma-se que, na Inglaterra, o primeiro caso que se tem referência sobre a tutela da vida privada de pessoas públicas refere-se aos literatos de Alexander Pope e Jonathan Swift⁴²⁷ e outro envolvendo o casal real, Príncipe Albert e a Rainha Vitória.⁴²⁸ Na França, o primeiro caso envolvendo a *vie privée* refere-se ao *Affaire Rachel* que tratou da publicação de fotografias da atriz Elisa Rachel Félix.⁴²⁹ Na Itália, o início do reconhecimento ao *diritto alla riservatezza*, na jurisprudência, refere-se ao caso envolvendo o Tenor Enrico Caruso ou o então ditador Benedito Mussolini e sua amante Clara Petacci.⁴³⁰

Ao tratar sobre os limites da vida privada de pessoas públicas, a Ministra Cármen Lúcia observou que a notoriedade tem preço: ele é fixada pela extensão da fama, que, aliás, é quase sempre buscada. “E quando não é, mas ainda assim é obtida, cobra pedágio: é o

⁴²⁷ *Pope versus Curl*, 26 Eng. Rep. 608 (1741). Um editor publicou, sem autorização, a correspondência privada entre ambos. Em sentença, reconheceu-se a favor de Alexander Pope o direito de propriedade sobre as próprias cartas para seu autor. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

⁴²⁸ *Prince Albert versus Strange* 64 ER 293 (1848). O caso tratou de reprodução gráfica e venda de objetos da coleção privada do príncipe. Reconheceu-se a proteção do direito de propriedade que se refletia também na privacidade, o que impedia a reprodução e comercialização das réplicas. DONEDA, loc. cit.

⁴²⁹ O Tribunal civil de la Seine julgou, em 16 de junho de 1858, ação judicial proposta pela irmã da atriz Elisa Félix Rachel, em que pugnava pela retirada de publicações de fotos de Rachel no leito de morte, veiculadas após a sua morte, por violação à sua dignidade e à da família. O Tribunal, em respeito a dor da família, acolheu o pedido e determinou a supressão das publicações. DONEDA, loc. cit.

⁴³⁰ O Tribunal de Roma, julgou em 14 de setembro de 1953, ação proposta por familiares de Enrico Caruso contra a publicação do filme *Leggenda di una voce* que teria exposto a vida íntima do biografado. O Tribunal de Roma reconheceu a inadequação da exposição de alguns destes aspectos. DONEDA, 2006, p. 11.

bilhete do reconhecimento público que se traduz em exposição do espaço particular, no qual querem adentrar todos.”⁴³¹

4.2.1.2 Intimidade

Ressalvada a fluidez das esferas da vida privada e da intimidade já advertida, intimidade, em uma perspectiva abstrata, reflete a esfera extremamente reservada, íntima e pessoal da vida humana. É direito de estar só, de ser deixado em paz, na sua mais restrita confidencialidade. É a esfera de informações da vida do sujeito que devem ser resguardadas a si. É direito ao segredo, o direito de que os outros não saibam o que somos ou o que fazemos. É direito de não se comunicar e de não ser instado a se comunicar quando assim não o quiser.

Segundo o magistério de Manoel Jorge e Silva Neto, intimidade, enquanto direito ao segredo pessoal, “corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, doenças, aventuras amorosas, até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos”.⁴³² Para René Ariel Dotti, intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.⁴³³

Dirley da Cunha Júnior obtempera que intimidade “é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho.”⁴³⁴

Como já assinalamos ao tratarmos da privacidade e do controle de dados pessoais, no tópico 4.3.1 deste trabalho, a esfera de proteção da intimidade se amplia, na medida em que também se ampliam a tecnologia e as ciências biomédicas. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Recurso Especial n° 807.849/RJ*⁴³⁵, reconheceu

⁴³¹ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.815-DF, p. 81/82. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁴³² SILVA NETO, 2013, p. 734.

⁴³³ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 207.

⁴³⁴ CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 711.

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 807.849/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2010. (Informativo STJ n° 425). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-rj-2006-0003284-7/relatorio-e-voto-19135906>>. Acesso em: 18 set. 2015.

o direito personalíssimo da pessoa humana de conhecer a sua origem genética e, por via reflexa, a sua filiação biológica – direito à identidade –, o que ratifica a nossa posição, no sentido de que a proteção à vida privada e à intimidade, antes de ser exercida sob um viés meramente negativo, contra atos de violação, pode e deve ser exercido positivamente pelo seu titular, com o escopo de acessar informações de seu interesse necessárias à construção da sua personalidade, à sua autorrealização e autodeterminação enquanto pessoa humana.

4.2.1.3 Honra

No magistério de Mônica A. da Silva Castro, honra é “bem jurídico imaterial representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido”, de modo que possui um caráter duplo: o subjetivo ou imanente e o objetivo ou transcendente. O primeiro – subjetivo ou imanente –, refere-se à estima que cada pessoa tem de si mesmo, enquanto o segundo – objetivo ou transcendente –, consiste no juízo de valor que as pessoas fazem de nossa dignidade. Para a autora, a proteção do direito à honra é imprescindível à higidez da personalidade.⁴³⁶

Diferentemente da imagem, que se refere às características identificadoras de uma pessoa e da privacidade, cujo interesse é preservar do público a esfera íntima de condutas sociais, o direito à honra concerne ao prestígio social contra falsas imputações de fatos desabonadores que podem abalar a reputação do seu titular.⁴³⁷ Trata-se, na lição de Carlos Alberto Bittar, da “reputação da pessoa, abrangendo o seu bom nome e a fama que desfruta na comunidade (seio social, familiar, profissional, empresarial...), bem como a proteção do seu sentimento interno de autoestima.”⁴³⁸

Adriano de Cupis, citando Specker, define honra como “o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.⁴³⁹ A honra é um conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito

⁴³⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 5-8.

⁴³⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 266.

⁴³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 129.

⁴³⁹ DE CUPIS, 2008, p. 121.

dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É o direito fundamental da pessoa de resguardar essas qualidades, preservando a sua própria dignidade.⁴⁴⁰

É possível afirmar, portanto, que a honra, na dimensão subjetiva, consiste em um juízo pessoal que a pessoa faz de si mesmo, em um valor moral íntimo do homem. Em outras palavras, é o sentimento de valorização pessoal de cada um. Na dimensão objetiva, a honra consiste no juízo que a coletividade faz da pessoa quanto ao seu prestígio social, sua boa fama, a sua reputação social ou o seu bom nome.

A honra é, pois, parte integrante da identidade pessoal do indivíduo, elemento inafastável para a autorrealização da pessoa, porquanto é, através dela, que a sociedade projetará no seio social a sua história familiar, profissional e de amizades. Tanto a honra objetiva quanto a subjetiva, quando arranhadas, atingem a autoestima e a autoconfiança da pessoa.

4.2.1.3.1 Honra e pessoas jurídicas

Muito se discutiu sobre a possibilidade de se estender a proteção da honra às pessoas jurídicas. Seria a pessoa jurídica passível de sofrer dano moral? Argumentava-se, inicialmente, que a honra seria um atributo da personalidade afeto, tão somente, às pessoas físicas, pois estaria diretamente ligada ao valor dignidade humana. Essa era, aliás, a posição do Tribunal Constitucional Espanhol e de parte da doutrina espanhola ao final da década de 80.⁴⁴¹

Conferir proteção moral às pessoas jurídica seria apenas uma via transversa de se tutelar mais facilmente a proteção patrimonial, dado que o dano moral, em muitos casos, é presumido (*in re ispa*), ao passo em que o dano material reclama a sua devida

⁴⁴⁰ SILVA, 2013, p. 211.

⁴⁴¹ CASTRO, 2002, p. 10. A autora cita a posição de Maria Luisa Balaguer e O'Callaghan Munoz e do Tribunal Constitucional Espanhol que, ao julgar o STC 5/1989, FJ2, concluiu negativamente pela proteção do direito da personalidade à honra às pessoas jurídicas, afirmando: “Na ponderação prévia à resolução do processo penal, não se pode confundir o direito à honra, garantido também como direito fundamental pelo artigo 18.1 da Constituição, e que tem um significado personalista referido às pessoas individualmente consideradas, com os valores de dignidade, reputação ou autoridade moral das instituições públicas e órgãos do Estado, os quais sem embargo de sua proteção penal, gozam frente à liberdade de expressão de um nível de garantir menor e mais débil do que a correspondente à honra das pessoas e relevância pública”.

comprovação, o que decerto nem sempre é possível. É perfeitamente possível que uma pessoa jurídica sofra um dano moral/material, mas não reduza numericamente os seus lucros, o que, a princípio, afastaria a responsabilidade civil. Não bastasse a ausência de dano em si a impedir a efetiva reparação, a aferição de danos materiais reclamaria complexa instrução probatória decorrente da análise de balanços financeiros com metodologia histórica e comparativa, o que demandaria assaz conhecimento financeiro e lentidão da resposta jurisdicional.

Entre nós, assentou-se, no direito positivo, na doutrinação e na jurisprudência, o paradigma de que as pessoas coletivas são titulares de bens extrapatrimoniais, dentre eles o nome e a boa reputação, pelo que podem ser titulares de proteção à honra objetiva – imagem perante terceiros –, excluída a proteção da honra subjetiva, esta sim exclusiva das pessoas físicas. Nesse sentido, dispõe o artigo 52 do Código Civil: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” E, nesta mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça editou Enunciado nº 277 de sua Súmula Dominante, segundo a qual: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Na atual sociedade da informação ou da vigilância⁴⁴², como chamada por Stefano Rodotà, em que a boa fama e a reputação de uma pessoa física ou jurídica podem ser dilaceradas em poucos minutos, não há como negar a proteção de direitos extrapatrimoniais às pessoas morais, pois a boa fama e a boa reputação de uma pessoa jurídica representa muito mais do que apenas números e lucro. Sustentar que tais danos afetam tão somente o patrimônio da pessoa moral e, por esta razão, devem ser tratados como dano material, e não moral, não nos parece a melhor hermenêutica diante de um direito privado repaginado, mais despatrimonializado⁴⁴³ e despecuniarizado.

⁴⁴² RODOTÀ, 2008.

⁴⁴³ A patrimonialização do direito privado refere-se à proteção que o direito civil conferia exclusivamente ou predominantemente a bens materiais, ao patrimônio, deixando a tutela da pessoa humana, do valor dignidade, em segundo plano. O paradigma patrimonial decorre essencialmente de ideais liberais do século XVIII e XIX, tendo sido incorporado, na essência, pelo Código Civil de 1916. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ocuparam-se em romper com a ideia de proteção exclusiva do patrimônio, passando a se preocupar sobremaneira com a tutela de bens imateriais, tendo a pessoa humana como um fim do Direito e não mero instrumento. No campo da responsabilidade civil, cresce, ainda de forma tímida – é bem verdade –, a ideia de que a reparação dos danos extrapatrimoniais também pode ser feita, de forma eficaz, através de meios não pecuniários, o que se tem chamado de despatrimonialização, desmercantilização ou despecuniarização da responsabilidade civil. Retomaremos o tema nos tópicos 5.3.4.2 deste trabalho, ao tratarmos sobre a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais.

4.2.1.4 Imagem: imagem-retrato e imagem atributo

Assim como a honra, a imagem é componente indispensável à construção da identidade pessoal do indivíduo. Uma imagem vale mais que mil palavras; jargão comumente usado no cotidiano é capaz de revelar o grau de importância da imagem para a proteção da personalidade da pessoa.

Em épocas outras, como afirma Luiz Alberto David Araújo, a imagem só podia ser captada através do retrato pintado, desenhado ou esculpido, razão pela qual, na maioria esmagadora dos casos, havia consentimento do próprio retratado, o qual passava horas em frente a um artista para a realização da obra, não gerando grandes polêmicas.⁴⁴⁴

A evolução da tecnologia, em especial após as duas últimas décadas, tornou a captação de imagens algo natural no meio social. De câmeras instaladas nas ruas e elevadores a *selfies* e fotografias em espaços coletivos; em todos eles, se é capaz de capturar momentos do cotidiano coletivo. Não por outra razão, senão pela necessidade de se conferir maior proteção, o Constituinte originário erigiu a imagem à condição de direito fundamental, consoante norma ínsita ao artigo 5º, incisos X e XXVIII, alínea a, da Constituição Federal de 1988.⁴⁴⁵

O fato é que a proteção da esfera privada da imagem evoluiu juntamente com as suas formas de exteriorização. O direito à imagem, tal como é concebido atualmente, é de grande elasticidade, pois protege, além das características físicas que exteriorizam a personalidade do indivíduo (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas), as características comportamentais que tornam o indivíduo particular nas relações sociais.⁴⁴⁶ Trata-se da proteção à imagem-retrato e da imagem-atributo, respectivamente.

⁴⁴⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 21.

⁴⁴⁵ Constituição Federal. Artigo 5º, X: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; XXVIII, alínea a: “[...] são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

⁴⁴⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 244.

No magistério de Mônica A. da Silva Castro, a imagem-retrato consiste no aspecto visual da pessoa em sua projeção exterior como seus gestos, sua voz, atitudes e traços fisionômicos, ao passo que a imagem-atributo é o “conjunto de características pelas quais o indivíduo é reconhecido, ou seja, através das quais sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido do conceito social de que desfruta”⁴⁴⁷

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano define imagem-atributo como características do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos no conjunto social.⁴⁴⁸ Em outras palavras, imagem-atributo consiste em características comportamentais dos indivíduos que os identificam socialmente.

Grande celeuma doutrinária e jurisprudencial recai justamente sobre a captação e publicação, sem autorização, da imagem-retrato (fotografias) captadas em espaços públicos ou privados. As noções de “lugar público”, de “pessoa pública” e de “interesse público” conferem ao intérprete critérios mais objetivos para a aplicação da “lei de colisão”, pois consistem em “precedências condicionadas”, que permitem verificar a licitude do ato, conferindo maior peso ora à liberdade de expressão ou à proteção da esfera privada. Ponderação semelhante aplica-se às imagens veiculadas em obras biográficas não autorizadas.

Há de se perquirir se: i) a imagem captada refere-se à pessoa pública; ii) em se tratando de pessoa pública, se se trata de pessoa ligada ao ramo de entretenimento ou agente público; iii) em se tratando de agente público, se se trata de agente político ou agente ou não político, pois, este último recebe tratamento equivalente à pessoa anônima; iv) se a imagem fora captura em local público, aberto ao público ou privado; v) se há interesse público da divulgação da imagem⁴⁴⁹; v) se há finalidade informativa na imagem divulgada; vi) se a imagem foi divulgada de forma contextualizada. O que se busca é o uso justo da imagem – *fair use* –, como já tem sido chamado pelo doutrina norte-americana.

⁴⁴⁷ CASTRO, 2002, p. 18, 27. Segundo a autora, para que haja, de fato, a tutela da imagem-atributo, é necessário que as características veiculadas sejam, de fato, identificadoras de uma determinada pessoa, pelo que chama a atenção para o preenchimento de três critérios que compõem o conteúdo imaterial da imagem humana: a individualidade, a identidade e a possibilidade de ser reconhecida.

⁴⁴⁸ ARAÚJO, 1996, p. 741.

⁴⁴⁹ O interesse público, em se tratando de pessoa pública, é dinâmico, e não estativo, pois, ainda que se trate de uma informação, a princípio privada – doença em pessoa da família, por exemplo, ganha contornos de interesse coletivo.

Sobeja manifesta que a imagem divulgada fora de contexto, ainda que autorizada, torna o ato ilícito passível de proteção estatal. As cláusulas gerais da boa fé objetiva e os efeitos anexos aos contratos da lealdade, da cooperação, da informação, reclamam daquele que utiliza da imagem de outrem o dever de o fazer com compromisso de retratar a verdade ou algo mais próximo a ela, pois, acaso não o faça, responderá, objetiva ou subjetivamente, contratual ou extracontratualmente, a depender da relação jurídica estabelecida entre as partes.

No magistério de Nilza Reis, “qualquer publicação truncada ou retrabalhada de uma imagem” ou ainda “o uso de um contexto diverso daquele em que se originou, pode atingir uma pessoa no mais profundo de sua dignidade, pelo que o direito há de proteger o indivíduo que constata uma discordância entre a sua imagem real e a maneira como foi apresentada [...]”⁴⁵⁰

Entendemos que as “precedências condicionadas” que autorizam a captação de imagem-retrato e a veiculação de imagem-atributo, mesmo sem autorização do seu titular, referem-se à imagem veiculada em matéria jornalística, em obra biográfica ou qualquer outro instrumento de exteriorização da liberdade de imprensa, capturada em local público ou reservado ao público⁴⁵¹, votada à transmissão de qualquer informação, ainda que destituída de interesse público. Pesa ainda a favor da licitude do ato de divulgação de imagem de pessoa dotada de personalidade pública a finalidade humorística, excluído, por evidente, o discurso do ódio, desde que pautado em um Juízo de razoabilidade.

Helder Galvão, em artigo intitulado *Direito de Imagem e Fotojornalismo*, refere-se a caso concreto relativo à divulgação pela revista Fatos & Notícias de imagem da apresentadora Sabrina Sato e da cantora Preta Gil, que tomavam sol na praia de Ipanema, no Rio de Janeiro, na qual explorou a diferença estética entre o corpo de

⁴⁵⁰ REIS, Nilza Maria Costa dos. *O Direito à Própria Imagem*. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1994.

⁴⁵¹ Definimos local reservado ao público como aqueles que, embora não sejam abertos de forma ilimitada ao público em geral, podem ser por ele acessados gratuita ou onerosamente, tais como teatros, cinemas, estádios de futebol.

ambas as personalidades. Outro jornalista noticiou o fato da cantora na praia, informando que tal foto foi “gentilmente cedida pelo Greenpeace”.⁴⁵²

Embora ambas as notícias possuam um caráter moralmente reprovável, não nos parece um ato civilmente ilícito a justificar reprovabilidade jurídica contra o meio de comunicação ou contra o seu editor. Nada impede, não obstante a natureza lícita do ato de informar – acobertada pelo manto humorístico da liberdade de expressão, que a pessoa que se sinta, em algum grau, lesada em sua imagem, requeira, no mesmo espaço de veiculação da informação, oportunidade para exercer o seu direito subjetivo de resposta, seja para corrigir ou justificar a informação divulgada. O direito de resposta, neste particular, refere-se ao exercício positivo dos direitos da personalidade, ao qual já nos referimos, que, muito mais do que objetivar apenas impedir a sua violação por outrem, autoriza que o seu titular tenha acesso à informação, a retifique, a justifique ou, se for o caso, exija a sua supressão.

Entendemos que o direito de resposta decorre do exercício positivo dos direitos da personalidade que independe da ilicitude da conduta do outro. É dizer, no caso citado, embora a publicação tenha sido lícita do ponto de vista da legalidade, não passível de reparação civil, ela autoriza o exercício, se assim o quiser, do direito de resposta da pessoa que se sinta subjetivamente violada. Consequência jurídica análoga já é cominada pelo ordenamento jurídico, ao prescrever a responsabilidade civil por ato lícito, em que o autor da conduta, embora pratique ato lícito, é passível de sanção pelo Direito, que, neste caso, pode ser patrimonial. A nosso sentir, a proposta trazida coaduna-se com o valor contemporâneo da despatrimonialização do direito privado.

E, em se tratando de informação de interesse público⁴⁵³, é dizer, fatos relacionados à administração da justiça, da ordem pública, à natureza historiográfica do seu conteúdo, à personalidade da pessoa ou à sua profissão, exemplificativamente –, a imagem-retrato ou a imagem-atributo poderão ser capturadas ou veiculadas em matéria jornalística, em obra biográfica não autorizada ou em qualquer outro instrumento de comunicação

⁴⁵² GALVÃO, Helder. Direito de Imagem e Fotojornalismo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37-38.

⁴⁵³ Os fatos que configuram “interesse público” não são taxativos, mas dinâmicos, podendo variar de acordo com a personalidade da pessoa retratada, o veículo de informação que a divulga ou a sua finalidade. O tema será retomado.

social, ainda que, de alguma forma, afete a imagem da pessoa retratada, pois “quem busca a luz não há de se exigir espaço intocado de sombra”.⁴⁵⁴

A Ministra Cármen Lúcia, no voto apresentado na ADI 4815-DF, tratou sobre a mitigação do direito à imagem em determinadas circunstâncias concretas. Nesse sentido, afirmou:

[...] o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se segundo escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que *a)* componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, elas mesmas sujeitas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; *b)* promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; *c)* extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido.⁴⁵⁵

Para a Ministra Cármen Lúcia, aquele que vive economicamente da exposição de sua imagem, não há de gozar de proteção equivalente àqueloutro que dela não se faz valer pessoal ou financeiramente. Significa dizer, como temos analisado, que o interesse público da informação é variável, sendo ele muito mais evidente em se tratando de pessoa, cuja trajetória, pessoal ou profissional, tornou-se pública. Em outras palavras, pessoas públicas continuam a deter proteção quanto à sua privacidade, no entanto tal resguardo se justifica em situações mais excepcionais, tais como quando se emprega meios ilícitos para a obtenção da informação, quando há violação ao sigilo constitucionalmente protegido, ou ao domicílio, à privacidade em locais não públicos, ou quando há o exercício abusivo de um direito que *prima facie* seria lícito, como, a exemplo, o do fotógrafo que, durante todos os dias da semana, inclusive domingos e feriados, segue uma pessoa pública a todos os locais para onde ela se desloca, fotografando-a ininterruptamente.

⁴⁵⁴ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF, p. 81/82. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁴⁵⁵ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF, p. 81/82. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

Fixadas estas premissas quanto aos direitos da personalidade à esfera moral, passemos ao estudo do direito ao esquecimento como desdobramento da teoria geral dos direitos da personalidade.

4.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE

Por quanto tempo uma informação sobre determinada pessoa deve permanecer disponível? Qual tipo de informação merece ser protegida pela estabilização do passado? Existe um direito à reconstrução da identidade pessoal? Dito em outras palavras, existe um direito do cidadão de reescrever sua história, livre de lembranças, estigmas ou adjetivações antigas frutos de condutas passadas que lhe afetem à honra e a imagem, capazes de lhe retirar a paz e a tranquilidade social? O direito fundamental de acesso à informação e a liberdade de expressão em sentido amplo legitimam o resgate de fatos do passado que, pelo decorrer do tempo, já teriam sido esquecidos pela memória social? A finalidade e o modo como fatos pretéritos são retratados pela mídia são relevantes para a licitude do ato? Enfim, existe um direito personalíssimo ao esquecimento na atual “sociedade da informação”?

São essas as múltiplas e intrigantes interrogações sobre as quais se debruça o debate sobre o direito ao esquecimento.

4.3.1 Origem e fundamentos do direito ao esquecimento

O esquecimento é um processo natural e saudável do corpo humano, indispensável ao desenvolvimento do próprio aprendizado, da abstração e da sua função autoprotetora.⁴⁵⁶ Imaginemos como seria se o ser humano armazenasse e se lembrasse de todas as informações vividas ou a ele transmitidas? Sem dúvida, viveria em um mundo preso às lembranças do passado, à nostalgia insustentável, incapaz de superar perdas e frustrações. O ser humano estaria preso a um passado remoto, dotado de emaranhado de informações e conhecimentos inúteis.

⁴⁵⁶ PERGHER, G. K.; STEIN, L. M. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Revista de Psicologia da USP*, São Paulo, v.14, n.1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008>. Acesso em: 03 jul. 2014.

O homem sempre trilhou novos passos esquecendo os erros e infelicidades do passado. Contudo, o equilíbrio existente entre memória e esquecimento alterou-se radicalmente em razão do desenvolvimento tecnológico e da sua impregnação em todos os campos da vida.⁴⁵⁷ Como reação, tem-se tornado público o debate sobre o direito ao esquecimento, também chamado de *derecho al olvido*, *diritto all'oblio*, *droit à l'oubli* ou *right to be forgotten*, ao fundamento de que nenhum cidadão, que não seja objeto de uma notícia de relevância pública, deve se resignar com que informações suas circulem indefinidamente sem poder fazê-la corrigir ou excluir.

Segundo o magistério de Peres Simón Castellano, “O cidadão teria a possibilidade de exigir a supressão, ocultação ou cancelamento de determinada informação ou a constância de atos (não só de dados pessoais, mas também de notícias passadas que pudessem afetar o futuro das pessoas)”, que, eventualmente, tenham sido publicados na imprensa, em boletins ou diários oficiais ou decisões judiciais em um determinado momento do passado.⁴⁵⁸

Para o autor, o direito ao esquecimento refere-se genuinamente ao sistema romano-germânico, civilista, tendo múltiplos fundamentos já reconhecidos pela ordem jurídica, tais como a anistia⁴⁵⁹, a prescrição, o cancelamento de antecedentes penais e o princípio da responsabilidade por culpa.⁴⁶⁰

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, onde vige o sistema do *common law*, informações sobre antecedentes penais de indivíduos podem ser acessadas por qualquer pessoa, as quais permanecem disponíveis indefinidamente em páginas da *Web* por tempo indefinido. Não há falar, pois, em direito ao esquecimento. O Tribunal Supremo

⁴⁵⁷ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 187.

⁴⁵⁸ CASTELLANO, Pere Simón. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 99. Tradução livre. No original: “El ciudadano tendría la posibilidad de exigir la supresión, ocultación o cancelación de determinada información o la constância de hechos (no sólo datos personales, sino también noticias pasadas que puedan afectar al futuro de las personas).”

⁴⁵⁹ A etimologia da palavra anistia remonta à palavra grega *amnestía* que significa esquecimento.

⁴⁶⁰ CASTELLANO, 2012, p. 99. Esclarece o autor: “Por outro lado, na Espanha, a regulamentação da prescrição e do cancelamento de antecedentes de crimes também força os argumentos a favor da existência do direito ao esquecimento. Os delinquentes, uma vez extinta a sua responsabilidade penal, isto é, haja cumprido a pena, pode pedir o cancelamento de antecedentes, sendo pronunciada sentença sempre que reparada a responsabilidade civil e desde que haja transcorrido um tempo sem delinquir novamente.”

dos Estados Unidos, apesar de não reconhecer de maneira explícita um direito constitucional de livre acesso às informações judiciais, assentou que a Primeira Emenda da Constituição norte-americana reconhece a liberdade de expressão e de imprensa, na qual se inclui também a possibilidade de comunicar os antecedentes penais, seja pela difusão pela própria imprensa ou por consulta de pessoas privadas ou entidades. Demais, a cultura jurídica do *common law* trata arquivos de tribunais como fontes públicas de informação jurídica.⁴⁶¹ Os precedentes são fontes formais do Direito.

Não é este o tratamento, contudo, em outros países da Europa e da América. A primeira referência jurisprudencial que se tem sobre o direito ao esquecimento remonta a caso julgado pela Corte Superior de Quebec, em 1889, que considerou que o Diário *Le Violon* havia cometido um erro ao reativar acusações contra cidadão canadense após longo decurso de tempo, imputando-lhe responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa, e condenando o referido meio de comunicação à reparação civil.⁴⁶²

Na França, o Tribunal de Instância Superior de Paris, em 1983, reconheceu o direito ao esquecimento a pessoas que foram expostas publicamente por fatos passados, tão somente, por serem pessoas públicas ou por terem praticado fatos de interesse geral, resguardando a pessoa humana contra divulgação de fatos que se refiram a informações sobre conduta criminalizada, mas já punida e cumprida pelo acusado, excetuados fatos de necessidade histórica.⁴⁶³ O Tribunal consignou:

Visto que toda pessoa que tenha se envolvido em acontecimentos públicos pode, ao passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; que a lembrança desses acontecimentos é ilegítimo se não está fundado nas necessidades da história ou se sua natureza é tal que pode gerar sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve, da mesma maneira, beneficiar a todos, incluindo os condenados que tenham pagado sua dívida com a sociedade e que almejam a ela se reintegrar [...].⁴⁶⁴

Objetivando conferir maior força normativa ao direito ao esquecimento, a União Europeia editou a Diretiva de Proteção de Dados de 1995 (95/46/CE), que, na lição de Artemi Ballo, “resulta obrigado a constatar que a rapidez da evolução tecnológica e da

⁴⁶¹ CASTELLANO, 2012, p. 105.

⁴⁶² Ibid., p. 115.

⁴⁶³ Estão fora do *derecho al olvido*, fatos que se referem a delitos de lesão à humanidade como por exemplo o genocídio.

⁴⁶⁴ Sentença do Tribunal de Instância Superior de Paris. 20 abr. 1983, caso *Mme. M. c. Filipachi et Cogedipresse*. Tradução livre. CASTELLANO, op. cit., p. 102.

globalização plantam enormes desafios especialmente vinculados aos riscos para a proteção da intimidade e dos dados pessoais provocados por atividades online”.⁴⁶⁵

Mas é na era digital que o debate sobre o direito ao esquecimento ganha força, dada a capacidade de armazenamento ao longo do tempo e a intensa velocidade com que informações circulam nos meios de comunicação.

4.3.2 O esquecimento e a era digital

A atual era digital permite o armazenamento quase ilimitado de informações. A consulta a dados pessoais e a fatos do passado encontra-se ao alcance de um simples clique em sites de busca da *Internet*. A privacidade do presente e do passado é devassada sem cerimônias ou licenças justificadas à mercê do direito à informação.

Os fatos alimentados na *Internet*, diferentemente das antigas publicações impressas, não são facilmente esquecidos, podendo se multiplicar em poucos segundos. Imagens, mensagens de texto, vídeos ou simples “curtir” publicados no *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *Google+*, *Qzone*, *Wechat*, *WhatsApp* ou qualquer outra rede social podem ser armazenados pela eternidade.

A evolução da era digital não cessa e com ela vem também as suas vicissitudes. A *Internet* de meros instrumentos de busca de informações transformou-se, na atualidade, em ferramentas de inteligência digital, alimentada pelos seus usuários, com quem interage. No magistério de Alejandro Tourino, o objetivo inicial da *Internet* 1.0 era buscar e obter informações, possuindo um caráter estático e de escassa interação. Em poucos anos, veio ao mercado a *Web* 2.0 que, além de possibilitar o usuário obter informações, transformava-o em protagonista, pois o permitia alimentar a *Internet* e com ela interagir. E, assim, surgiram os *blogs*, *wikis* e as redes sociais. Atualmente, surge a *Web* 3.0, também chamada de *Web* Semântica, que consiste no mundo da *Internet* das coisas. Através desta nova tecnologia, a *Web* traça, a partir de seus acessos anteriores, o perfil do usuário, a sua identidade digital, pelo que afirma o autor:

⁴⁶⁵ BALLO, Artemi. *El derecho al olvido em Internet. Google versus Espana*. Centro de Estudos Políticos e Constitucionales. Madrid, 2014. p. 34.

A Web tem a capacidade de construir uma base de conhecimento sobre as preferências e características dos usuários. Assim, através de uma combinação entre sua capacidade de conhecimento e a informação disponível na Internet, é capaz de atender de forma exata as demandas de informação dos usuários. [...] nos passamos em apenas uns anos de uma Internet de mero consumo de conteúdos – identificada como Web 1.0 –, para uma Web em que o usuário torna-se protagonista, gerando conteúdo e aportando valor médio – Web 2.0 –, para terminar no que se conhece como Web semântica, em que a inteligência gerada e aplicada à informação existente torna a busca por informações fácil e rica.⁴⁶⁶

Hoje sites como *Tripadvisor*, *Amazon*, *Booking.com*, *Wikipedia* valem bilhões de dólares, sendo que o seu conteúdo tão valioso refere-se à opinião dos seus usuários que diariamente os alimentam. A interação usuário-provedor está mais do que íntima. Não tardará para chegarmos à *Web 4.0* que, munida das novas tecnologias, funcionará como verdadeira inteligência artificial, auxiliando e, em alguns momentos, substituindo a inteligência humana.

Quanto mais a tecnologia avança, mais cedemos espaço para invadir nossa privacidade. Aplicativos ligados a GPS, apenas a título de exemplo, traçam a localização do seu usuário do presente e do passado. Aplicativos de controle financeiro, após autorização tácita do usuário ao baixá-lo, obtêm dados de contas corrente, de investimentos e de gastos. Tais dados, enquanto detiverem valor econômico, não serão esquecidos, logo o risco social deve ser calculado.

Anderson Schreiber discorre sobre o atual panorama do esquecimento na era digital, pelo que afirma “a internet não esquece”. Ao contrário dos jornais e revistas, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede permanecem por tempo indefinido. Dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.⁴⁶⁷

Ao tempo em que cresce a preocupação com o acesso e a difusão de informações, cresce também a preocupação em proteger o esquecimento, dada a superexposição e o

⁴⁶⁶ TOURINO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad em Internet*. Madri: Catarata, 2014. p. 19-20. Tradução livre.

⁴⁶⁷ SCHREIBER, 2013, p. 170-171.

“superinformacionismo” da atual sociedade da informação. Superinformacionismo, nas palavras de Antônio Rulli Junior e Antônio Rulli Neto, é uma “massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações”⁴⁶⁸, que se encontram disponíveis em bancos de dados públicos ou privados, em especial na *Internet*.

A hipertrofia da memória na era digital decorre do armazenamento de informações fornecidas pelo próprio usuário, ao alimentar redes sociais, efetivar compras e cadastros *on line*, e da troca de dados pessoais entre terceiros, muitas, aliás, não autorizadas. Os sites de busca encarregam-se de facilitar a lembrança dos seus usuários a todo e qualquer fato que um dia tenha sido divulgado da rede mundial de computadores, associando, muitas vezes, uma pessoa a imagens pretéritas ou a notícias não contextualizadas que não retratam a sua atual identidade pessoal.

Em 1966, Vance Packard já alertava para estes efeitos: “Hoje, com episódios de nosso passado sendo cada vez mais armazenados em arquivos e computadores, a possibilidade de “começar de novo” está se tornado sempre mais difícil. A noção cristã de redenção é incompreensível para o computador”.⁴⁶⁹

Não há como negar que registros do passado podem ser armazenados eternamente e, uma vez resgatados em outro contexto de tempo e espaço, podem gerar consequências nefastas mesmo após o esquecimento natural da mente humana, eis que agora a regra são computadores e aparelhos eletrônicos que permitem a lembrança de tudo. Os sistemas de pesquisa da atual *Web* semântica – da inteligência artificial –, buscam todos os registros na *Internet* e criam a sua identidade virtual. E, para isso, não precisa ser uma celebridade.

A exposição na *Internet* e a velocidade da circulação da era digital mudaram a noção de reputação, de honra objetiva e da imagem atributo das pessoas. Hoje empresas privadas se especializam em monitorar e limpar a honra digital, mantendo uma boa reputação *on*

⁴⁶⁸ RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio, Direito ao esquecimento e superinformacionismo; apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade da informação. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa*, v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁴⁶⁹ PACKARD, Vance *apud* DONEDA, 2006, p. 178.

line, a exemplo do que faz a Reputation.com com sede nos EUA. Há peritos digitais, cujos honorários não são nada baratos, que trabalham para manipular pesquisas do *Google*, fazendo com que dados positivos da pessoa apareçam logo no topo da lista, empurrando, por consequência, informações deletérias para o final das buscas.⁴⁷⁰

Stefano Rodotà, em artigo publicado para o Jornal *La Repubblica*, datado de 14/12/2009, trata sobre o direito ao esquecimento como forma de adequar as múltiplas identidades que são construídas a partir de informações espalhadas em bancos de dados diversos:

Está mudando a natureza mesma da sociedade, que se transforma em “sociedade do registro”, na qual, por razões de segurança ou interesses de mercado, determina-se um ininterrupto fichamento de tudo e de todos. Assim, todos vivem em um universo onde retalhos da identidade de cada um estão espalhados em bancos de dados diversos. Assim, a identidade se torna múltipla; articula-se por meio da apresentação na cena do mundo com uma multiplicidade não apenas de pseudônimos, mas também de representações de si; conhece diversos graus de persistência pública, que variam segundo a intensidade com a qual é reconhecido um “direito ao esquecimento”, ligado principalmente à possibilidade de fazer desaparecer da rede informações que se referem a nós.⁴⁷¹

Não são poucos os casos em que fatos do passado, ressurgindo das cinzas, produzem efeitos nefastos à esfera privada de indivíduos. Victor Mayer-Schonberger, na obra *Delete: the Virtue of Forgetting in the Digital age*, cita o caso de um cidadão canadense, Andrew Feldmar, que, ao tentar ingressar nos EUA, fora impedido permanentemente pela imigração americana de entrar no país após realizarem uma consulta na *Internet* e encontrarem um artigo de sua autoria escrito em 2001 para um jornal interdisciplinar, em que relatava uma experiência sua da década de 69 sobre o uso de droga alucinógena conhecida como LSD.⁴⁷²

Na atual era da informática, portanto, reportagens ou outras notícias, facilmente encontradas em sites de busca, relembram acusações e/ou condenações antigas pela

⁴⁷⁰ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.), 2013, p. 199.

⁴⁷¹ A IDENTIDADE em tempos de Google. Instituto Humanista Unisinos, São Leopoldo, 16 dez. 2009. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidade-em-tempos-de-google>>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁴⁷² MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. 2. ed. New Jersey: Princeton University, 2009. p. 04. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=fUyXxey6rHsC&pg=PA1&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=lsd&f=false>. Acesso em: 14 maio 2015.

prática de crimes famosos, assombrando o presente, inclusive, daqueles que já cumpriram a pena imposta pelo Estado.

E é justamente por refletir sobre os estigmas de condutas do passado que se emerge e ganha força no direito externo e interno de que ninguém é obrigado a conviver com os erros do passado. Neste contexto, o direito ao esquecimento (*derecho al olvido*, *diritto all'oblio*, *droit à l'oubli* ou *right to be forgotten*) surgiu como um direito personalíssimo protegido inicialmente na esfera criminal para permitir a ressocialização do condenado, mas, gradativamente, tem migrado para outros ramos do direito: civil, família, autoral, trabalho, bioético.

Decisões da jurisprudência nacional e internacional, gradativamente, têm reconhecido o direito ao esquecimento, conferindo ao indivíduo a possibilidade de apagar informações suas em *sites* ou desvinculá-las de motores de busca da *Internet* ou, ainda, como visto no caso *Lebach*⁴⁷³, restringir, inclusive, a liberdade de imprensa, impedindo que emissoras de televisão produzam programas que associem pessoas a crimes notórios praticados no passado.

Recentemente, debruçou-se o Tribunal de Justiça da União Europeia, de forma pioneira, sobre o direito ao esquecimento na *Internet*, ao julgar o caso *Mário Costeja González x Google Spain*, intensificando, ainda mais, o debate sobre o tema.

4.3.2.1 O caso paradigma: *Mario Costeja González x Google Spain*

A discussão sobre o direito ao esquecimento ganhou ainda mais espaço, em especial o esquecimento na *Internet*, após a Agência Espanhola de Proteção de Dados⁴⁷⁴ passar a exigir, a partir de 2009, que os *sites* de busca, em especial o *Google*, disponibilizassem meios de desvincular informações aviltantes à imagem dos seus usuários quando destituídas de relevância pública e quando não se referissem a pessoas notórias. Segundo Castellano “a AEPD lembrou que os indivíduos não têm que se resignar com a exposição eterna de seus dados pessoais, muitas vezes contendo notícias do passado que

⁴⁷³ O caso *Lebach* foi objeto de investigação no tópico 2.2.2.1.1, em que tratamos da decisão paradigma do Tribunal Constitucional alemão sobre *liberdade de expressão x proteção da esfera privada*.

⁴⁷⁴ A Agência Espanhola de Proteção de Dados é comumente chamada de AEPD.

se mantém perene na Web”, especialmente quando “as notícias dos fatos não tenham relevância pública ou não tratem de personagens públicos”⁴⁷⁵

Ganhou ainda mais relevância a discussão sobre o tratamento de dados pessoais e o direito ao esquecimento na *Internet*, após o Tribunal de Justiça da União Europeia proferir decisão, em 12 de maio de 2014, que garantiu a um cidadão espanhol o direito de ter dados pessoais, que maculavam a sua imagem e lhe traziam constrangimento moral, apagados da rede.

Trata-se do caso *Google Spain vs AEPD* (Agência Espanhola de Proteção de Dados) e Mario Costeja González. No caso paradigmático, Mario González requereu, no ano de 2010, ao *Google* e ao jornal catalão *La Vanguardia* que apagassem notícia que anunciava, em site de leilões públicos, desde 1998, a venda de imóvel de sua propriedade para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola. O requerente já havia quitado a dívida antes da realização da hasta pública, contudo, a notícia, anos após, permanecia disponível no site de leilões e logo aparecia em motores de busca do *Google* associada ao nome de *Mario Costeja*. Para ele, não havia mais razão na divulgação dos dados da ação de execução associada ao seu nome, dada a extinção da dívida há vários anos.⁴⁷⁶

A Agência Espanhola de Proteção de Dados, em julho de 2010, proferiu decisão que afastou a obrigação do jornal de apagar a informação pleiteada por considerar que o periódico apenas publicou anúncio por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, cuja natureza era de utilidade pública, pois visava dar publicidade a leilão de imóveis. Por outro lado, entendeu que os motores de busca sujeitam-se às normas protetivas de dados pessoais, pelo que são obrigados a retirar informações pessoais que impliquem em lesão ao direito fundamental de proteção de dados e à dignidade humana; está última no sentido de impedir que terceiros tenham conhecimento de dados pessoais de outras pessoas.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ CASTELLANO, 2012, p. 138-139. Tradução livre.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 137-152.

⁴⁷⁷ TOURINO, 2014, p. 36.

O *Google Spain* e a *Google Inc.* interpuseram recurso perante a Audiência Nacional, órgão judiciário da Espanha. A Audiência Nacional entendeu que havia questão interpretativa prejudicial que atraia a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia, eis que, no caso concreto, devia interpretar se se tratava de hipótese de proteção e livre circulação de dados pessoais de pessoas naturais a aplicar os termos da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995.⁴⁷⁸

No dia 13 de maio de 2014, fora posto ao Tribunal de Justiça da União Europeia o seguinte questionamento: é juridicamente viável que um sujeito reclame do operador do site de busca a supressão da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome dessa pessoa, as ligações a páginas web publicadas legalmente por terceiros que contenham informações verdadeiras sobre ela, com o fundamento de que essas informações são suscetíveis de prejudicar ou de que deseja que sejam “esquecidas” decorrido algum tempo?⁴⁷⁹

Mario Costeja González defendeu que o direito de desindexar informações pessoais de motores de busca é possível sempre “quando os seus direitos fundamentais à proteção dos referidos dados e ao respeito pela vida privada, que englobam o “direito a se esquecido”, prevaleçam sobre os interesses legítimos do operador do referido motor e sobre o interesse geral da liberdade de informação”.

O *Google*, ao interpretar a Diretiva 95/46, entendeu que o indivíduo só pode requerer a proteção de dados pessoais se houver uma incompatibilidade direta com dispositivo da norma comunitária ou “por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, e não pelo simples motivo de que entendem que esse tratamento é suscetível de as prejudicar ou de que desejam que os dados objeto do referido tratamento caiam no esquecimento”.

⁴⁷⁸ CASTELLANO, op. cit., p. 137-152. A atividade do Google como provedor de conteúdos consiste em localizar a informação publicada ou incluída na rede por terceiros, indexá-la de forma automática, armazená-la temporariamente e finalmente pô-la à disposição dos internautas com certa ordem de preferência, quando a informação contenha dados pessoais de terceiros pessoas. Com base nestas razões a Audiência Nacional da Espanha levou os seguintes questionamentos ao Tribunal de Justiça da União Europeia. “1) Deve se interpretar uma atividade como a descrita compreendida no conceito de “tratamento de dados” contido no artigo 2.b da Diretiva 95/46/CE? 2) Caso a resposta anterior seja afirmativa e sempre em relação com uma atividade como a já descrita: Deve se interpretar o artigo 2.d) da Directiva 95/46CE, no sentido de considerar a empresa gestora do buscador *Google* responsável pelo conteúdo dos dados pessoais contidos em páginas da Web?”. Tradução livre.

⁴⁷⁹ BALLO, 2014, p. 155-174.

Em julgamento do Plenário, afastando a tese do *Google Spain* e da *Google Inc.* de que os motores de busca não seriam responsáveis pelos conteúdos divulgados nos sites, não tendo, portanto, a obrigação de excluí-los da *Internet*, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que os sites de busca têm por objetivo “a organização e a agregação das informações publicadas na internet”, com o “objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas”, de modo que os motores de busca são capazes de violar os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais, razão pela qual

o operador deste motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efetivo e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada.⁴⁸⁰

O Tribunal Europeu fixou critérios objetivos para interpretar pedidos de desindexação de informações em sites de busca, sendo possível quando os dados: a) forem inexatos; b) inadequados; c) impertinentes; d) excessivos à luz das seguintes circunstâncias: i) atualização do tratamento de dados; ii) conservação dos dados por tempo superior ao necessário, “a menos que a sua conservação se imponha para finalidades históricas, estatísticas ou científicas”.

Matéria intitulada *Mais de 70 mil europeus pedem para ser “esquecidos” nas pesquisas da Google*, datada de 07/04/2014, publicada pela redação da Lux.pt, aponta que os motores de busca do Google receberam do dia 13 de maio de 2014 – data da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia –, até a data da publicação da notícia, mais de 70.000 pedidos de cidadãos europeus para eliminação de dados individuais, segundo dados divulgados pela comunicação do Google em Portugal. No mesmo dia em que a decisão fora proferida – 13 de maio –, o Google recebeu 12 mil pedidos de pessoas cujos dados queriam ver retirados das pesquisas na *Internet*. De acordo com o *Google* em Portugal, esses pedidos se estabilizaram e agora são cerca de mil por dia.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ BALLO, 2014. Tradução livre.

⁴⁸¹ LUX.pt. Mais de 70 mil europeus pedem para ser «esquecidos» nas pesquisas da Google. *Notícias*, 4 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.lux.iol.pt/internacional/04-07-2014/mais-de-70-mil-europeus-pedem-para-ser-esquecidos-nas-pesquisas-da-google>>. Acesso em: 10 maio 2014.

No Brasil, a jurisprudência já possui julgados a favor e contra o esquecimento, cuja solução demanda a análise de circunstância do caso concreto. Nesse sentido, é válido analisar o Caso Candelária e o Caso Aída Curi, ambos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.3.3 Precedentes judiciais no Brasil

No Brasil, há referências importantes na jurisprudência sobre o direito ao esquecimento, notadamente quando em questão, de um lado, o dever de proteção estatal de garantir ao condenado por crime que já cumpriu a pena imposta o direito à ressocialização e à reconstrução de sua identidade, e, de outro, a liberdade de imprensa.⁴⁸²

⁴⁸² Além dos casos citados a seguir, vale, também, fazer referência ao caso da atriz e apresentadora Xuxa. No ano de 1982, a atriz gravou obra cinematográfica intitulada “Amor, Estranho Amor”, em que contracenava com uma criança de 12 anos em cenas eróticas. À época, a atriz, em início de carreira, conferiu autorização para a divulgação de sua imagem. Anos após, contudo, tornou-se célebre apresentadora de programas infanto-juvenis. Sua imagem-atributo e identidade pessoal não mais refletiam aquela pessoa do passado. A atriz ingressou com ação judicial nº 0019930-53.2010.8.19.0000, distribuída ao foro da 2ª Vara Cível da Barra da Tijuca/RJ, em face da Produtora Cinearte, para impedir a divulgação e o relançamento do filme, o que foi deferido. Embora a decisão do Juízo de 1º grau, ratificada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tenha se pautado em disposição contratual, notadamente na impossibilidade de a Produtora descumprir acordo celebrado entre as partes, no qual concedeu à apresentadora os direitos autorais sobre o filme, sob pena de multa, não há como olvidar que poderia se aplicar, também neste caso, o direito ao esquecimento. CINEARTE é proibida de divulgar ou comercializar filme estrelado por Xuxa. *Jusbrasil*. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2242580/cinearte-e-proibida-de-divulgar-ou-comercializar-filme-estrelado-por-xuxa>>. Acesso em: 11 set. 2015. Por outro lado, a apresentadora não obteve o mesmo resultado em Reclamação Constitucional nº 15955, na qual buscava suspender os efeitos proferido pela 3ª Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial nº 1.316.921, e restabelecer decisão liminar do Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Barra Funda/RJ, no sentido de determinar ao provedor de pesquisa *Google* que adotasse medidas para impedir a divulgação, pelas ferramentas de pesquisa por ele disponibilizadas, de qualquer informação que relacionasse o nome de Xuxa às palavras pedófila ou pedofilia ou a qualquer outra prática criminosas, sob pena de multa. Decisão liminar do relator, Ministro Celso de Melo, ratificada, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF, negou seguimento à Reclamação. Debruçou-se sobre o mérito da causa a 3ª Turma do STJ, que, ao dar provimento ao RESP nº 1.316.921/RJ, entendeu, seguindo voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, assim como os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, ainda que haja indicação do URL da página onde este estiver inserido. E que, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, não se pode reprimir o direito da coletividade à informação. Para a relatora, “sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.” Nota-se que o direito ao esquecimento, no caso concreto analisado, não justifica o cerceamento ao acesso à informação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.316.921/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. j. 26 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

4.3.3.1 O Caso Candelária

Jurandir Gomes de França fora acusado de ter participado da Chacina da Candelária ocorrida em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, que deixou oito crianças e adolescentes mortos e diversos outros feridos. O acusado fora levado à Júri Popular, onde restou absolvido pela tese de negativa de autoria. No ano de 2006, a TV Globo retratou, no programa Linha Direta, o episódio da Chacina da Candelária, apontando o autor como partícipe do crime, sem nada mencionar a respeito da sua absolvição pelo Poder Judiciário.

Jurandir Gomes da França alegou na ação judicial haver sofrido grave violação à sua dignidade e à sua tranquilidade, tendo sofrido ameaças, perseguição e estigmatização social. O autor requereu, então, a condenação da emissora ao pagamento de indenização por danos morais.

Em grau de apelação, fora a emissora condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A TV Globo interpôs Recurso Especial ao STJ⁴⁸³, alegando ausência de ato ilícito, eis que o fato publicado já era público, logo não teria havido violação à privacidade do recorrido.

O Ministro Luís Felipe Salomão, relator, no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, manteve a condenação fixada no acórdão recorrido, fundamentando que:

[...] a permissão ampla e irrestrita de que um fato e pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do evento – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Nesses casos, admitir-se o “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.⁴⁸⁴

⁴⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*, rel., Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894349/stj-10-09-2013-pg-2577>>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁴⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*, rel., Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

Seguiu a defender que é evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluída – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. Para o Ministro, muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

A fundamentação trazida pelo Ministro representa verdadeiro divisor de águas para o direito ao esquecimento na jurisprudência nacional, eis que o fortalece o entendimento de que, em determinados casos concreto, a liberdade de informação jornalística deve ceder em face da proteção da esfera da personalidade, com o objetivo de se evitar a perpetuação de penas sociais.

4.3.3.2 O Caso Aída Curi

Ainda no ano de 2013, a controvérsia entre o direito à liberdade de informação jornalística e o direito ao esquecimento fora novamente trazida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Desta vez, no entanto, o direito de que crimes do passado não mais sejam retratados pela imprensa por resgatar sentimentos e memórias de profunda tristeza fora invocado não pelo condenado, mas sim por familiares da vítima. E mais, no caso concreto, o direito à liberdade de informação prevaleceu sobre o esquecimento. Entenda o Caso Aída Curi.

Aída Jacob Curi, uma jovem com 18 anos de idade, fora, no ano de 1958, violentada sexualmente e morta ao ser jogada da cobertura de um prédio de um dos endereços mais nobres do Rio de Janeiro, Avenida Atlântica, em Copacabana. Ronaldo Guilherme de Souza Castro e Antônio João de Souza, então acusados pelos crimes, foram absolvidos do crime de homicídio e condenados pelos crimes sexuais. Cássio Murilo Ferreira, menor à época, fora considerado o único agente da conduta que levou à morte de Aída Curi, sendo-lhe aplicada uma medida socioeducativa pela sua condição de incapaz.⁴⁸⁵

Décadas após, a Rede Globo de Televisão decidiu retratar o caso na televisão, através do programa *Linha Direta Justiça*, associando-o aos envolvidos. Os irmãos da Aída Curi ajuizaram ação judicial contra a Globo visando a reparação de danos materiais e morais, ao entendimento de que a informação transmitida reavivou a memória dos fatos, reabriu feridas emocionais e terminou por abrir margem para exploração econômica, em favor da emissora, da dor e do sofrimento da família Curi.

Os autores tiveram seus pedidos julgados improcedentes tanto em primeira instância quanto em sede de apelação. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que “os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos”.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ PORCIÚNCULA, 2014, p, 331.

⁴⁸⁶ PORCIÚNCULA, loc. cit.

Interposto Recurso Especial, a 4^o Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n^o 1.335.5153/RJ, cujo relator fora também o Ministro Luís Felipe Salomão, não deu provimento ao apelo por entender que:

[...] o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi; no Caso Aída Curi “não ficou reconhecida a artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos”, defendendo que “[...] o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar” e que a passagem do tempo, em relação a familiares de vítimas de crimes relevantes em termos sociais ou históricos, opera um efeito inversamente proporcional, pois “[...] na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um ‘direito ao esquecimento’, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes” e, por fim, por ter sido transmitida a reportagem 50 anos após a ocorrência do homicídio de Aída Curi, não haveria falar em “abalo moral”.⁴⁸⁷

Ao se fazer um comparativo dos votos do Ministro Luís Felipe Salomão, relator dos Recursos Especiais de ambos os casos acima descritos, em que se tratou sobre o direito ao esquecimento, é de se notar que há uma diferença de tratamento jurídico quando o fato resgatado se refere ao acusado de crime, que já cumpriu a pena imposta pelo Estado ou que, de alguma forma, fora absolvido da acusação, e quando o fato se refere à vítima de crime de dimensão pública.

No primeiro caso, entendeu-se que o fato de o condenado já haver cumprido o seu débito junto à sociedade e ao Estado, através do cumprimento integral da pena, consiste em “precedência condicionada” que, ao se aplicar a lei de colisão, confere maior peso à proteção à integridade moral da pessoa. É dizer, a informação que se pretende divulgar, anos após o fato, perde a característica de “interesse público”, pelo que se restringe o direito *prima facie* à liberdade de informar.

No segundo caso, em se tratando de vítima de crime, a resposta jurídica é distinta, ao entendimento de que o dano reflexo causado aos parentes da vítima - o qual é mitigado pelo próprio decurso do tempo-, ao se aplicar a lei de colisão, não confere à proteção da integridade moral da pessoa peso suficiente para impedir a divulgação do fato. Extrai-se

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n^o 1.335.153/RJ*, rel., Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894349/stj-10-09-2013-pg-2577>>. Acesso em: 11 set. 2015.

desta decisão da Corte que o direito ao esquecimento detém natureza personalíssima não se estendendo, pois, aos familiares.

Defendemos, portanto, nesse sentido, que o direito ao esquecimento é intransmissível, não podendo ser invocado por terceiras pessoas, ainda que parentes, e eventuais danos, se existentes, serão *in ricochete* ou reflexo derivados de violação de direito próprio e não do direito ao esquecimento da pessoa retratada em veículo de comunicação.

O fato é que os fundamentos do julgamento do Recurso Especial nº 1.335.5153/RJ – caso Aída Curi –, embora não tenham sido todos trazidos à análise, pela própria extensão do presente trabalho, possuem assaz importância na ponderação do direito à informação e à proteção dos direitos da personalidade, repisando, mais uma vez, que decisões apriorísticas devem ser evitadas, eis que as circunstâncias do caso concreto serão fundamentais para a solução da questão.

4.3.4 Análise do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

Com o avanço, em especial na Europa, do debate sobre o direito ao esquecimento, a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal ocupou-se em publicar o Enunciado 531, que assegura o direito ao esquecimento como instrumento de proteção da esfera privada e da dignidade da pessoa humana: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁴⁸⁸

Na exposição dos motivos que levaram à edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, afirma-se que:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

⁴⁸⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*. Brasília, DF, 12 mar. 2013^a. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Os fundamentos do Enunciado 531 remontam, invariavelmente, à nova tutela da privacidade quanto ao controle positivo – direito de acesso, de justificação ou de retificação –, de dados pessoais contidos em banco de dados públicos, privados, mas, mais especificamente, na *Internet*. Busca-se, através do Enunciado 531, direcionar a interpretação do jurista quando se deparar com pretensões ligadas à *mass media*, ao “*information right*” ou ao “*right to democracy*”, de um lado, e de outro, o direito à construção da personalidade por meio da autonomia, da autorrealização e da autodeterminação, livre de estigmas sociais já alcançados pelo esquecimento.⁴⁸⁹

Embora o direito da personalidade ao esquecimento esteja ligado aos novos direitos da tecnologia, é possível extrair os seus fundamentos de normas de direito positivo já consolidadas no sistema jurídico vigente, o que ora passamos a analisar.

4.3.5 Direito ao esquecimento enquanto direito de personalidade: posituação no sistema jurídico brasileiro

Como visto, os direitos da personalidade associam-se na atualidade à teoria geral dos direitos da personalidade, que, longe de apresentar um rol exaustivo de direitos, refere-se a uma cláusula geral de direitos necessários à concreção da dignidade humana. É dizer, os direitos da personalidade se encontram em constante expansão.

A partir da noção geral do direito ao esquecimento, é factível afirmar que tem ele por fundamento assegurar a possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos de ordem psíquica. O esquecimento revela-se necessário, portanto, à superação de estigmas do passado e à construção da identidade pessoal que, a evidência, se altera no decorrer da vida. Não há como dissociar esquecimento de dignidade. Viver em paz é viver dignamente.

Seguindo um raciocínio lógico, dentro da classificação dos direitos da personalidade à integridade moral – vida privada, intimidade, honra e imagem –, entendemos que se encontra também o novo direito ao esquecimento ou *right to be forgotten*, *derecho al*

⁴⁸⁹ No avançar da pesquisa, apresentaremos as “precedências condicionadas” que, em nosso sentir, fazem ora prevalecer o direito ao esquecimento, ora a liberdade de informação.

olvido, diritto all'oblio ou droit à l'oubli –, como se tem sido chamado no direito alienígena. É certo que o direito de ser esquecido, embora se relacione com os demais direitos da personalidade, com eles não se confundem, apresentando-se como um direito autônomo.

Entre nós, o direito ao esquecimento descortina-se ainda prematuramente. Não há referência expressa a ele na norma constitucional tampouco em sede infraconstitucional, sendo a sua aplicação decorrente da interpretação conforme a Constituição, pela doutrina e jurisprudência, a partir de outros permissivos legais. Não há negar, no entanto, que o tempo sempre influenciou os atos jurídicos, a fim de resguardar a segurança jurídica – regra elementar dos Estados de Direito. O brocardo romano *dormientibus non succurrit jus* – o Direito não socorre aos que dormem –, já sinalizava a relevância da passagem do tempo para a tutela de direitos.

Nos dias atuais, o direito ao esquecimento pode ser extraído de diversas disposições normativas nos múltiplos ramos do Direito.

4.3.5.1 *Esquecimento no direito penal*

No direito penal, a reabilitação e a anistia são traços importantes da tutela do esquecimento.

No magistério de Reale Júnior, René Ariel Dotti, Andreucci e Pitombo reabilitação “é uma medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração no exercício de direitos, interesses e deveres, sacrificados pela condenação”.⁴⁹⁰ Trata-se de instrumento que visa garantir o sigilo de condenações anteriores, proporcionando ao condenado a possibilidade de reconstruir sua identidade social livre de estigmas, uma vez cumprida sua dívida com a sociedade. Embora a reabilitação reclame o decurso de 2 anos para ser reconhecida no âmbito penal⁴⁹¹, para

⁴⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 537.

⁴⁹¹ Código Penal Art. 93: A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Art. 94: A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo

que se configure como hipótese de esquecimento, é necessário também se apagar a reincidência, cujo requisito legal exige o transcurso do prazo de 5 anos desde o cumprimento da pena e de sua extinção⁴⁹², pois somente aí será, de fato, extinto o registro de antecedentes do condenado.

A anistia, por sua vez, é a “declaração, pelo Poder Público, de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social”.⁴⁹³ É a perda superveniente do interesse do Estado de punir um determinado comportamento, anistiando, por lei, um grupo de pessoas. Declarada a anistia, desaparece também o registro criminal, pelo que, praticado novo delito, não será o seu autor considerado reincidente. Assim, apagados os fatos passados, é possível afirmar que a anistia também é uma hipótese de direito ao esquecimento reconhecida pelo sistema jurídico vigente.

Corroborando a ideia aqui levantada de que o esquecimento decorre ora da reabilitação, ora da anistia, é de se observar que, na França, já em 29 de julho de 1881, promulgou-se a Lei sobre a liberdade da imprensa – *Loi sur la liberté de la presse* –, que, em seu artigo 35, preconiza que a exceção da verdade – *exceptio veritatis* –, não é admitida quando “*se refere a um fato que constitua uma infração anistiada ou prescrita ou que se refira à uma condenação atingida pela reabilitação ou pela revisão*”⁴⁹⁴

Não consideramos, contudo, o indulto, a prescrição da pretensão executória, a prescrição da pretensão punitiva em abstrato tampouco o arquivamento de inquérito policial como hipóteses de direito ao esquecimento. O indulto é “a clemência destinada a uma pessoa determinada” ou “perdão concedido pelo Presidente da República”⁴⁹⁵ a determinada pessoa, isentando-o do cumprimento de pena. O indulto refere-se à

acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

⁴⁹² Código Penal. Art. 64: Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

⁴⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 563.

⁴⁹⁴ CASTELLANO, 2012, p. 111. Tradução livre. No original: “*se réfère a un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.*”

⁴⁹⁵ NUCCI, op. cit., p. 564.

extinção da pena pela ausência superveniente de interesse do Estado de punir determinada pessoa, não refletindo, contudo, sobre os efeitos penais secundários da condenação, é dizer, não apaga o registro criminal para fins de reincidência. Logo, permanecendo efeitos da condenação criminal, ainda que secundários, não se afasta o interesse público da informação, o qual autoriza a sua divulgação extemporânea, pelo que, a nosso sentir, o indulto não se amolda à noção de direito ao esquecimento.

O mesmo ocorre com a prescrição da pretensão executória. Esta, na lição de Nucci, é “a perda do direito de aplicar efetivamente a pena, tendo em vista a pena em concreto, com trânsito em julgado para as partes [...]”⁴⁹⁶. A perda do direito do Estado de aplicar a pena não implica também na extinção dos efeitos penais secundários da condenação, como, a exemplo, a reincidência. Assim, permanecendo algum efeito da condenação criminal, a informação continua a ser de interesse público, não se tratando, pois, de hipótese de esquecimento.

A prescrição da pretensão punitiva refere-se à extinção da pretensão do Estado de perseguir e punir o autor de crime, em razão do decurso do tempo.⁴⁹⁷ Neste caso, não há falar em condenação, logo não há falar em fatos desabonadores. Assim, se sequer existem fatos desabonadores à integridade moral do indivíduo, não há o que esquecer, logo, em última análise, não se trata de hipótese de direito ao esquecimento.

Por fim, o arquivamento de inquérito policial, na mesma linha de raciocínio acima, não implica em direito ao esquecimento, pois, tendo sido arquivado o procedimento criminal, não existem registros desabonadores da conduta do investigado, pelo que não há falar em esquecimento. Nesse sentido, já se posicionou o STF sobre a impossibilidade de utilização de registros de inquérito como circunstância judicial de mal comportamento para fins de exasperação da pena base.⁴⁹⁸

4.3.5.2 *Esquecimento no direito civil*

⁴⁹⁶ NUCCI, 2009, p. 577.

⁴⁹⁷ A anistia, a prescrição da pretensão punitiva e a reabilitação impedem o uso do registro criminal como agravante de reincidência ou como circunstância judicial de mal comportamento a justificar aumento da pena quando do seu arbitramento, tendo por base o direito ao esquecimento. No caso de indulto, a condenação criminal anterior poderá ser usada para fins de agravamento da pena em razão de reincidência, logo não é ele alcançado pelo esquecimento.

⁴⁹⁸ Súmula 444 STF: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. BRASIL. *Habeas Corpus* n° 97665/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 4.5.2010.

O direito ao esquecimento não se cinge à esfera penal, mas antes tem ocupado relevante papel na proteção à privacidade e, em última análise, à construção ou reconstrução da identidade pessoal da pessoa. Dois pontos chamam especial atenção para este fato: o tempo máximo de inscrição negativa em órgãos de proteção ao crédito e a possibilidade de alteração do nome e sexo registral do transexual sem anotação no registro civil das informações precedentes.

4.3.5.2.1 Inscrição negativa e Código de Defesa do Consumidor

Na legislação civil, é possível extrair de diversas normas a intenção do legislador de proteger a pessoa humana do resgate de informações alcançadas pela estabilização do passado que, de alguma forma, podem macular a sua esfera moral, dificultando a construção de sua personalidade e sua autorrealização.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 43, §1º, dispõe que os bancos de dados privados não poderão conter informações negativas referentes ao consumidor por prazo superior a cinco anos.⁴⁹⁹ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado 323 de sua Súmula Dominante com a seguinte redação: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.”

Nota-se, pois, uma preocupação do sistema jurídico de evitar a circulação indefinida de informações pessoais que, de alguma forma, macule a imagem ou a honra do consumidor, conferindo ao direito à privacidade uma nova faceta que, segundo Rodotà, citando a obra *Privacy and Freedom*, de Westin, consiste no “*control of information about oneself*”⁵⁰⁰ Tal proteção, em nosso sentir, configura hipótese positivada do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico vigente.

⁴⁹⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁵⁰⁰ RODOTÀ, 2008, p. 46.

4.3.5.2.2 Transexualidade, alteração de nome e de sexo registral

No campo da bioética, muito se tem debatido sobre o direito de alteração de nome e do sexo, no registro civil, por transexuais, com ou sem realização de cirurgia de mudança de sexo⁵⁰¹. A Resolução n° 1955, de 12/08/2010, do Conselho Federal de Medicina, estabelece os parâmetros objetivos para definir o transexualismo: 1 – desconforto com o sexo anatômico natural; 2 – desejo expresso de eliminar os genitais; 3 – desejo de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 4 – permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 5 – ausência de outros transtornos mentais.⁵⁰²

A par das discussões no campo teórico, a jurisprudência nacional⁵⁰³, trilhando o caminho doutrinário, já sinaliza diversos precedentes que autorizam a alteração da identidade do nome e do sexo registral de pessoas que se submeteram à cirurgia de transgenitalização. Para Patrícia Correa Sanches, a identidade forma-se através de um complexo de caracteres culturais, psicológicos, sociais, morais, sendo a expressão sexual um desses aspectos de representação, que, enquanto sentimento íntimo, próprio da pessoa em relação à sua identificação como homem ou como mulher, estrutura todo o seu comportamento e vivência social.⁵⁰⁴ Como bem aponta Tereza Rodrigues Vieira, “o direito se uniu à medicina e à psicologia na luta pela diminuição do sofrimento

⁵⁰¹ A Resolução CFM n° 1955/2010 autoriza a realização de cirurgias em transexuais desde que: 1 - haja diagnóstico médico de transgenitalismo; 2 - o paciente seja maior de 21 anos; 3 - não haja características físicas inapropriadas para a cirurgia. O SUS desde 2008 já é autorizado a realizar o referido procedimento desde que tenha na localidade a estrutura necessária. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM n° 1955/2010. Publicada no D.O.U. 3 set. 2010, seção I, p. 109-110. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁵⁰² Resolução CFM n° 1955/2010. Publicada no D.O.U 3 set. 2010, seção I, p. 109-110. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁵⁰³ Em 1989, o juiz da 3° Vara de Família e Registros Público de Recife/PE, proferiu sentença autorizando a mudança de nome do registro civil de transexual “como forma de não expô-lo a situações ridículas e vexatórias, que sem dúvida alguma lhe adviriam com o prenome masculino”, tendo sido seguido, anos após, por decisão da 5° Câmara de Direito Privado do TJ/SP, em recurso interposto por “Adão Lucimar”, julgado em 22.03.2001, cujo relator fora o Desembargador Boris Kauffmann, determinando ao Cartório de Registro Civil do 3° Subdistrito de Piracicaba/SP que alterasse o sexo para feminino e o prenome para “Lucimara”. Em 15 de agosto de 2007, o TJ/RJ julgou apelação cível no mesmo sentido (AP 0012432.13.2005.8.19.0021 [2006.001.61104], Des. Francisco de Assis Pessanha. Em 2008, a 10° Turma do TJ/SP também reconheceu o referido direito (TJ/SP, AC 427.435-4/3, 10° Cam. Dir. Priv., rel. Maurício Vidigal, j. 11.11.2008), tendo sido seguido, em 2009, pelo TJ/MG (TJMG, AC 1.0024.05.778220-3/001, j. 06.03.2009). VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 415-416.

⁵⁰⁴ SANHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 433.

dessas pessoas”, pois se entendeu que “somente com a adequação do registro civil pode haver o restabelecimento da saúde global do indivíduo.”⁵⁰⁵ Tal medida tem por fundamento a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana e, por via reflexa, o direito ao esquecimento, pois manter um sujeito portador de disforia de gênero preso ao sexo por ele não identificado, ao longo de sua vida, significa mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos.

No magistério de Roxana Borges, a modificação de nome civil em registros públicos está ligada ao direito da personalidade à identidade, muito embora advirta que as diferentes classes não são antagônicas, mas, antes, didáticas, o que não impede também de inseri-la na classe dos direitos personalíssimos do corpo.⁵⁰⁶ Neste particular, razão assiste à autora, posição com a qual, aliás, concordamos, acrescentando, tão somente, que, a nosso sentir, a proteção da esfera psíquica da pessoa pela alteração registral passa, invariavelmente, pelo reconhecimento do direito ao esquecimento.

Traçado o arcabouço teórico dos direitos da personalidade à integridade moral e da liberdade de informação, dentro, aliás, da teoria dos limites, é chegada a hora de trazê-los para o debate específico das biografias não autorizadas, para, compreendendo em que consiste este gênero literário, investigar como a controvérsia é interpretada no âmbito do Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, e, no âmbito Legislativo, para, alfim, apresentarmos nossa proposta de equação do problema.

⁵⁰⁵ VIEIRA, 2011, p. 415.

⁵⁰⁶ BORGES, 2009, p. 187-188.

5 BIOGRAFIAS: CONHECENDO O GÊNERO LITERÁRIO

5.1 A HISTORIOGRAFIA DOS GÊNEROS BIOGRÁFICO E AUTOBIOGRÁFICO

A dialética entre lembrança e esquecimento impulsiona a escrita para a construção da história. Há diversos registros mesopotâmicos que continham a oração: “Para que não se esqueça!”⁵⁰⁷, revelando não apenas uma concepção daquilo que os escribas elegiam que se tornassem história, mas, sobretudo, a necessidade do ser humano de documentar o seu passado.⁵⁰⁸ O aparecimento da escrita fora indispensável, portanto, para a preservação da memória coletiva⁵⁰⁹.

É de se saber, contudo, que a memória, quando concretizada em um trabalho escrito, utiliza-se da perspectiva e da contaminação vivencial do seu escritor, o qual, não raras as vezes, não vivenciou a experiência social e se encontra em um ponto presente⁵¹⁰, criando, a partir daí, um discurso narrativo. A obra escrita, portanto, é fruto de uma interpretação e de uma construção do seu criador, que, por mais imparcial que tente, sempre traduzirá a sua pré-compreensão sobre o objeto pesquisado. Segundo Renato Ortiz, “os relatos de vida estão sempre contaminados pelas vivências posteriores ao fato relatado e vêm carregados de um significado, de uma avaliação que se faz, tendo como centro o momento da rememoração”⁵¹¹

A construção da memória coletiva ocorre, portanto, a partir da visão do outro ou de si próprio. Quando essa memória é traduzida em obras escritas, deparamo-nos com relatos biográficos e autobiográficos: visão do outro e visão de si próprio, respectivamente.

⁵⁰⁷ POZZER, Katia Maria Paim. A palavra de argila e a memória histórica. In: KARNAL, Leandro; FREITAS NETO, José Alves de (Orgs.). *A escrita da memória: interpretações e análises documentais*. São Paulo: Instituto Cultural Banco Santos, 2004. p. 87-88.

⁵⁰⁸ BECHARA, Thiago Sogaya. Memória e Biografia: Alguns aspectos do teatro brasileiro. *Revista Cena 20*, Estudos sobre teatro, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://revistacena20.com.br/estudos-sobre-teatro/memoria-e-biografia-alguns-aspectos-do-teatro-brasileiro>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

⁵⁰⁹ NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. *Projeto História*, São Paulo: PUC, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

⁵¹⁰ ORTIZ, Renato. *A moderna tradição brasileira: cultura brasileira e indústria cultural*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 78.

⁵¹¹ ORTIZ, loc. cit.

Desde a Antiguidade, verificam-se registros literários autobiográficos, os quais, a partir da perspectiva do “eu”, isto é, da visão do próprio autor/personagem, buscam narrar experiências vivenciais de personalidades notórias – reis, imperadores, filósofos, cientistas, artistas, políticos –, não apenas com finalidade historiográfica, isto é, de escrever a história, mas, sobretudo, de conhecer este seu “eu” e de construir a dimensão da sua personalidade individual e, em última análise, da própria personalidade coletiva.

Leonor Arfuch chama esta dimensão da construção da personalidade individual e coletiva, a partir de relatos de vida, de “espaço biográfico”⁵¹², no qual se incluem, a evidência, as biografias e autobiografias.

Não são poucos os gêneros literários que se ocupam dessa função. Nas palavras de Leonor Arfuch, há mais de dois séculos, biografias, autobiografias, confissões, memórias, diários íntimos, correspondências, dão conta dessa obsessão por deixar impressões, rastros, inscrições, dessa ênfase na singularidade que, segundo a autora, é também a busca de transcendência.⁵¹³

As primeiras referências que se tem sobre o gênero literário biográfico referem-se às autobiografias, as quais, enquanto escritos produzidos pelo próprio biografado, revelam acontecimentos históricos, anedotas, contradições e inquietações pessoais, algumas com caráter ficcional, isto é, sem compromisso com a verdade, outras, reais.

A palavra autobiografia foi importada, no século XIX, da Alemanha e da Inglaterra – embora o gênero autobiográfico já exista desde a Antiguidade –, e, inicialmente, importava duas semânticas bem diferentes.

A primeira semântica referia-se à obra literária sobre a vida de um indivíduo, escrita por ele próprio. Logo, referia-se à narrativa referencial de memórias centradas mais na vida individual do que na história coletiva. Assim, sob essa semântica, a autobiografia

⁵¹² ARFUCH, 2010, p. 46. A autora esclarece que, na modernidade burguesa do século XVIII, floresceram com grande intensidade os romances psicológicos escritos na forma autobiográfica que contribuíram para o intercâmbio das esferas pública e privada. A narração de diários íntimos levou a uma substancial mudança nas relações entre autor, obra e público, que adquiriam assim um cateter de “inter-relações íntimas” entre pessoas interessadas no conhecimento “humano” e, conseqüentemente, no autoconhecimento.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 15.

pressupunha um compromisso do autor com a verdade – a verdade sob a perspectiva do autobiógrafo –, o que Lejeune intitula de “pacto autobiográfico” ou “pacto” de veracidade.⁵¹⁴

A segunda semântica de autobiografia referia-se a qualquer texto, sob qualquer forma – um romance, um poema ou um tratado filosófico, cujo autor teve a intenção, secreta ou confessa, de contar sua vida, de expor seus pensamentos ou de expressar seus sentimentos. Assim, sob esse sentido amplo, a autobiografia não se refere, necessariamente, a uma narrativa, podendo ser escrita em outras formas, tal como a prosa. Tampouco, sob esta acepção, há falar em compromisso do autor com a verdade, pois, neste caso, é a decisão do leitor a que verdadeiramente importa.⁵¹⁵

Lejeune define autobiografia como “narrativa retrospectiva em prosa que uma pessoa real faz de sua própria existência, quando focaliza sua história individual, em particular a história de sua personalidade.”⁵¹⁶

Nessa definição, para que uma obra seja considerada uma autobiografia, é necessário que preencha todos os elementos de quatro categorias diferentes. A primeira, quanto à forma de linguagem, a autobiografia pode ser narrativa ou em prosa. A segunda, quanto ao assunto a ser tratado, deve abordar a vida individual, isto é, a história de um personagem. A terceira, quanto à situação do autor, deve haver uma identidade entre autor e narrador. A quarta, quanto à posição do narrador, deve haver uma identidade entre narrador e personagem principal e deve haver uma perspectiva retrospectiva da narrativa.⁵¹⁷

O fato é que, na autobiografia, há uma aproximação constante entre autor, narrador e personagem, o que ocorre, em especial, pela narrativa em primeira pessoa, chamada por G. Genette de narrativa *autodiegética*.⁵¹⁸ Para Bakhtin, contudo, não há identidade

⁵¹⁴ LEJEUNE, Philippe. *O pacto autobiográfico*: de Rousseau à Internet. 2. ed. Tradução: Jovita Maria Gerheim Noronha e Maria Inês Coimbra Guedes. Belo Horizonte: UFMG, 2014. p. 259.

⁵¹⁵ LEJEUNE, loc. cit.

⁵¹⁶ Ibid., p. 16.

⁵¹⁷ LEJEUNE, loc. cit.

⁵¹⁸ Ibid., p. 46.

possível entre autor e personagem, nem mesmo na autobiografia, pois não existe coincidência entre a experiência vivencial e a “totalidade artística”.⁵¹⁹

Certa é a conclusão de Bakhtin, pois qualquer narrativa vivencial escrita por aquele que a experimentou, embora verossímil, está sujeita à sua interpretação autorreferencial, embebecida de suas visões e interesses pessoais. Nas autobiografias, há, portanto, semelhança entre autor (biógrafo) e personagem (biografado), mas não identidade entre eles.

Paulo Brossard, em prefácio escrito na biografia de Ruy Barbosa, de autoria de Luis Viana Filho – *A vida de Ruy Barbosa* –, esclarece esta relação entre pesquisador e personagem, ao lembrar que o biógrafo convive com o biografado sem intermediários. Ingressa em seu refúgio, em sua intimidade, sem bater à porta. Prolonga os contatos sem hora marcada, dia e noite, a sós, no silêncio e na reclusão do gabinete do trabalho. Assim, quanto mais avança na reconstrução do personagem, com ele mais se estreitam as relações. As cerimônias cedem lugar ao convívio diuturno, de modo que, em um certo momento, o autor se dá conta da confusão de sentimentos, experiências, afetos e antipatias existentes. O biógrafo deve manter a objetividade, a verdade, a isenção, o equilíbrio e a equanimidade, podendo se converter em amigo íntimo ou na mais benevolente testemunha.⁵²⁰

Assim, podemos conceituar o gênero autobiográfico como uma narrativa escrita pelo próprio autor/personagem, na primeira pessoa, sobre relatos de vida, trajetórias pessoais, que têm por objetivo construir a sua personalidade individual e, em última análise, a personalidade coletiva da sociedade à sua época.

Como dito, já na Antiguidade Clássica⁵²¹, faz-se referência ao gênero literário autobiográfico, sendo relevante destacar uma série de escritos pessoais do imperador romano Marco Aurélio⁵²², em cuja obra mais célebre, *Meditações*, em grego – *Ta eis*

⁵¹⁹ BAKHTIN, Mikhail *apud* ARFUCH, 2010, p. 55.

⁵²⁰ BROSSARD, Paulo. Prefácio à obra *A vida de Ruy Barbosa*. In: VIANA FILHO, Luís. *A vida de Ruy Barbosa*. Assembleia Legislativa do Estado da Bahia/Academia Brasileira de Letras, 2007. p. 12-13.

⁵²¹ A Antiguidade Clássica aqui referida remonta ao século VIII a.C até a queda do Império Romano do Ocidente em 476, século V d.C.

⁵²² Marco Aurélio, filósofo e escritor estoico, foi imperador romano no século II.

heautón –, discorreu, de forma narrativa, sobre o estoicismo e sobre a sua perspectiva do controle de emoções e habilidades pessoais.

Ainda na Antiguidade, há registros do gênero literário autobiográfico do também imperador romano Júlio César que, sob a forma de memórias pessoais, escreveu, dentre outros, texto intitulado *Commentarii de Bello Gallico*, em que relata incursões militares nas Guerras da Gália nos séculos 58 a 52 a.C. Plutarco (45 a.C a 120 da era cristã) narrou, com detalhes, em 44 a.C, o desfecho brutal da vida de César nos recônditos do Senado romano.⁵²³

“Nada interessa tanto ao homem quanto o próprio homem”⁵²⁴, por esta razão o interesse há muito despertado pela vida dos grandes homens e, por consequência, pelas biografias. Luis Viana, em *A vida de Ruy Barbosa*, cita o êxito de trabalhos biográficos, tais como a obra *Vidas* de Plutarco, e os escritos de Tácito, Suetônio, as obras de Carlyle sobre Cromwell, de Voltaire sobre Carlos II, de Southey sobre Neslon e de Boswell sobre Johnson.⁵²⁵

⁵²³ PLUTARCO. Alexandre e César (in *Vidas Paralelas*) *apud* SOARES, Valença Suetônio *Cesar. Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos*. São Paulo: Três, 1973. p. 10. “César chegou ao Senado. Todos os senadores se levantaram para prestar-lhe homenagens. Dos cúmplices de Bruto, alguns se colocaram em torno da cadeira de César; outros foram postar-se diante dele, unindo suas vozes aos apelos de Metelo Címber, que solicitava a volta de seu irmão. E seguiram César, sempre pedindo, até que ele alcançou o seu lugar. César sentou-se, recusou os pedidos e, como os senadores continuassem a assediá-lo cada vez mais insistentemente, manifestou a cada um o seu desagrado. Então Metelo tomou-lhe a toga com as duas mãos e lhe descobriu o ombro. Era o sinal combinado pelos conspiradores. Casca foi o primeiro a atacar César com sua espada, mas o golpe não foi mortal: a lâmina não penetrou muito fundo. Parece que, encarregado de iniciar uma ação tão grave, para Casca, ele vacilou no momento decisivo. César, voltando-se para Casca, tirou a espada que trazia sempre consigo. Os dois gritaram ao mesmo tempo, César em latim: ‘Casca, criminoso, o que estás fazendo?’; e Casca, dirigindo-se a seu irmão, em grego: ‘Irmão, ajude-me!’

No primeiro momento, todos os que não faziam parte da conspiração foram tomados pelo terror e, tremendo da cabeça aos pés, não ousaram nem fugir, nem tomar a defesa de César, nem pronunciar uma só palavra. Os conjurados, porém, tirando cada um a sua espada, cercaram César de todos os lados. Para onde ele se virava, via somente espadas que o feriam nos olhos e no rosto. Como um animal feroz, atacado por caçadores, César se debatia contra essas mãos armadas para matá-lo, cada qual querendo sua parte no assassinio e banhar-se nesse sangue, como nas liberações de um sacrifício. O próprio Bruto aproximou-se e vibrou um golpe contra César. Este, ao que se conta, havia se defendido dos demais conspiradores, atirando o seu corpo de um lado para o outro e soltando gritos terríveis. Mas, quando ele viu Bruto acerca-se, espada na mão, limitou-se a cobrir a cabeça com sua toga e abandonou-se aos seus matadores. Consta que César foi atingido 20 vezes, e muitos dos conjurados se feriram uns aos outros na sofreguidão de golpearem todos, ao mesmo tempo, um só homem”.

⁵²⁴ VIANA FILHO, 2007, p. 593-594.

⁵²⁵ VIANA FILHO, loc. cit.

Bakhtin refere-se a marcos biográficos em *A apologia de Sócrates e Fedon*, de Platão, assim como a súplica de Isócrates, sob o modelo de *enkomion*: ato público, cívico e político de glorificação e autojustificação.⁵²⁶

A Idade Média também fora marcada pela publicação de obras do gênero autobiográfico. No século IV⁵²⁷, obra literária escrita por Santo Agostinho intitulada *As Confissões – Confessiones* –, é, até os dias atuais, tida como um dos primeiros grandes modelos de obra biográfica, cujo conteúdo, genuinamente existencialista e psicológico, influenciou sobremaneira filósofos como Pacoal e Rousseau.

Em *As Confissões*, Santo Agostinho traz uma nova perspectiva da subjetividade, inaugurando uma nova fase de percepção do íntimo, o que, na concepção de Francisco Bosco, em artigo publicado no Jornal *O Globo*, intitulado *O público e o privado*, contribuiu, já no século XVII, para o enfraquecimento da distinção entre público e privado, de modo que, para satisfazer “fins públicos”, passou-se a servir e a invadir a vida privada.⁵²⁸

Ainda no século XVII, há referências importantes a escritos autobiográficos que contribuíram para essa aproximação das esferas pública e privada. Samuel Pepys (1660-1690) publicou diário íntimo e autobiográfico, em que contemplava praticamente todos os registros do seu cotidiano: gostos, usos, costumes, viagens, inclinações amorosas, intimidade conjugal e relatos de infidelidades. *Diário de Héroard* (1602-1629), escrito pelo médico de Luís XIII, que o acompanhou dia a dia, durante 27 anos, foi um testemunho da vida do príncipe a partir da perspectiva e da narrativa de um terceiro⁵²⁹, o que, sem embargo, representa uma das pioneiras obras biográficas não autorizadas de que se tem referência.

⁵²⁶ BAKHTIN, Mikhail *apud* ARFUCH, 2010, p. 138.

⁵²⁷ A obra foi publicada no ano de 397.

⁵²⁸ BOSCO, Francisco. O público e o privado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 out. 2013. Segundo Caderno, p. 3. O filósofo O filósofo Francisco Bosco trata dessa aproximação entre o público e o privado nas relações sociais da contemporaneidade em artigo publicado no Jornal O Globo: “[...] a confusão entre público e privado reina na cultura, no jornalismo, nas redes sociais, na web em geral e até em políticas de Estado. Jogadores de futebol são denunciados e ameaçados por beberem em horários de folga, pessoas publicam material de autopromoção no mural dos outros no Facebook; nosso celular toca sábado de manhã para nos fazer ouvir uma mensagem gravada de alguma empresa vendendo produtos; o governo dos EUA espiona milhões de mensagens privadas; pessoas são perseguidas e agredidas por práticas – sexuais, comportamentais, morais – de sua vida privada, etc. etc.”

⁵²⁹ ARFUCH, op. cit., p. 43-44.

Sucederam-se ao Diário de *Héroard* outras obras que também lançaram olhares, interpretaram e narraram vidas alheias, tentando, a partir de histórias secretas, explicar grandes acontecimentos históricos (guerras, revoluções, alianças), a partir de relações sociais privadas: paixões, ciúmes, desejos irrefreáveis, decisões de alcova e motivações que escapavam às causalidades públicas. A estas obras biográficas não autorizadas, que revelaram intimidades sob as lentes historiográficas, referimo-nos a *História secreta de Maria de Borgonha* (1664), *Enrique IV de Castilha* (1695), *O senhor d'Aubigny* (1698)⁵³⁰ e *Diários Secretos de Ludwig Wittgenstein*, na qual se travou uma batalha entre o editor da obra, Wilhelm Baum e os sucessores testamentários de *Wittgenstein*, E. Anscombe e G. H von Wright, que colimou com a publicação final da obra.⁵³¹

Não são poucas, portanto, as hipóteses do gênero biográfico de que se tem referência da Antiguidade aos dias atuais, que, ao longo do tempo, sofreram modificações: autobiografias, biografias, autorizadas ou não, memórias, testemunhos, histórias de vida, diários íntimos e secretos, correspondências, cadernos de notas, de viagens, rascunhos, lembranças de infância, autoficções, romances, filmes, vídeo e teatro autobiográficos, *reality painting*⁵³², registros biográficos de entrevistas midiáticas, conversas, retratos, perfis, anedotários, indiscrições, confissões próprias e alheias, velhas e novas formas de *shows* (*talk show*, *reality show*), videopolítica, relatos de vida das ciências sociais.⁵³³

É no século XVIII, contudo, com a consolidação dos ideais Renascentistas, dos paradigmas burgueses e do capitalismo, que a subjetividade moderna – o aparecimento do “eu” como elemento das biografias –, começa a ser firmar, traduzida em obras autógrafas, tais como confissões, autobiografias, diários íntimos, memórias, correspondências e romances realistas.⁵³⁴

O gênero literário biográfico – enquanto relatos de vida escritos por um outro –, surgiu, com mais força, no século XIX, como desdobramento das autobiografias, traduzindo

⁵³⁰ ARFUCH, 2010, p. 44.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 63.

⁵³² Incorporação de objetos, fotografias, roupas, cartas e outras marcas da vida pessoal do artista em obras de arte.

⁵³³ ARFUCH, *op. cit.*, p. 60.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 28.

uma ruptura com os modos de leitura vigentes. Biografias representavam uma nova leitura personalizante, em que o indivíduo buscava o “eu” do autor como forma de auto-identificação. Neste contexto, em que o indivíduo busca se identificar a partir do outro, afirma Lejeune que “consome-se o “eu” alheio para alimentar o seu próprio eu”.⁵³⁵

Assiste-se, então, à necessidade de identificação com o outro e com a vida do outro que impulsiona a avidez por conhecer as anedotas, as minúcias da vida privada de pessoas públicas e privadas.

Mas, o que se entende, de fato, por biografia?

A etimologia da palavra biografia remonta às expressões *bios* e *graphein* do grego, cuja tradução refere-se à vida e à escrita, respectivamente. A significação da palavra biografia e, em última análise, do gênero biográfico, ganhou contornos muito elásticos, perdendo, aliás, em exatidão.

Para Luís Viana Filho, o gênero literário biográfico admite semânticas distintas. Chama-se biografia, em uma primeira semântica, a simples enumeração cronológica de fatos relativos à vida de alguém. Em uma segunda semântica, biografias são trabalhos críticos sobre a produção científica do biografado, nas quais a vida do biografado surge apenas incidentalmente. Na terceira semântica, são estudos históricos sobre certa época que se sobrepõem à história de vida do biografado. Em uma quarta semântica, biografias são obras narrativas que contam a trajetória existencial de alguém, utilizando-se de recursos de gêneros como o romance ou a ficção, sem maiores compromissos com a verdade, também chamadas de biografias modernas ou romanceadas. E, por fim, em uma quinta semântica, biografias seriam obras genuinamente de ficção, que se vale da fantasia como elemento essencial da narrativa.⁵³⁶

E assim se percebe que a acepção do gênero literário biográfico ganhou contornos extremamente amplos, elásticos, sendo, aliás, em alguns momentos, antagônicos entre si, pois, ora se preocupa em demasia com a verdade – como ocorre nas biografias

⁵³⁵ LEJEUNE, 2014, p. 260.

⁵³⁶ VIANA FILHO, 2007, p. 595.

históricas –, ora se utiliza da fantasia como elemento narrativo – como se vê nas biografias romanceadas.

Dito isto, construímos a ideia de que biografia consiste em gênero literário narrativo, escrito por um narrador distinto do personagem, em primeira ou terceira pessoa, que tem por objetivo interpretar e construir a história vivencial, a existência, a alma humana, de uma determinada pessoa, pública ou comum, de modo a atrair a atenção e o gosto do leitor.

É, segundo Leonor Arfuch, o relato de uma vida, minucioso, fragmentário; é um “passar a limpo” desta história que, sem dúvida, nunca se acaba de contar: “contar a vida de uma história é dar vida a essa história”.⁵³⁷

Para o filósofo Francisco Bosco, biografias são fragmentos selecionados, editados e interpretados da vida de um indivíduo que formam uma nova obra e, em última análise, uma nova autorialidade, pelo que afirma “quanto à autorialidade, uma biografia está para uma vida assim como um texto crítico está para a obra que o explora”⁵³⁸, isto é, assim como os direitos autorais do texto crítico e os frutos deles decorrentes não pertencem ao autor da obra originária – objeto de crítica –, a obra biográfica também não pertence ao biografado.

Esta conceituação quanto à autorialidade torna-se assaz importante quando se depara com a pretensão do biografado ou de seus familiares de participarem financeiramente dos frutos econômicos decorrentes da comercialização da obra biográfica não autorizada, pois, em se tratando de uma nova obra, não há falar em direitos autorais indiretos, em razão da suposta titularidade das informações veiculadas.

Não é esta no entanto, a posição defendida pelo grupo Procure Saber⁵³⁹ –, para quem as obras biográficas consistem na exploração direta da imagem e da honra do biografado,

⁵³⁷ ARFUCH, 2010, p. 42.

⁵³⁸ BOSCO, 2013, Segundo Caderno, p. 2.

⁵³⁹ Associação, criada em 2013, por, dentre outros artistas, Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Roberto Carlos, Djavan, Erasmo Carlos e Paula Lavigne - sua representante –, para lutar, inicialmente, pelo pagamento de direito autorais e intensificar a fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD –, passando, contudo, a ser um dos principais opositores à produção, publicação e comercialização de biografias não autorizadas.

pelo que, assim como é assente na doutrina e jurisprudência que é devida indenização pelo uso comercial não autorizado de imagem de pessoas, públicas ou anônimas, deve também ser devida a participação do biografado no resultado econômico da comercialização das obras.

Historicamente, as biografias cumpriam objetivos influenciadores à sua época. Os relatos de vida, durante um bom tempo, cumpriram o papel voltado a enaltecer, a partir da narrativa de acontecimentos relevantes da história, a personalidade individual das classes dominantes, conferindo-lhes posto de destaque social.

Assim, os relatos do espaço biográfico não eram escritos apenas para “transmitir a memória”, o que seria feito democraticamente através da fala, em todas as classes sociais. Eles, por um bom tempo, constituíam o espaço, através do qual se elaborava, se reproduzia e se transformava a identidade coletiva, as formas de vida próprias das classes dominantes.⁵⁴⁰ Trata-se, portanto, de um instrumento de dominação e de poder.

Prova disso, segundo Philippe Lejeune, é que, ao se abrir emblemática obra da história francesa – Catálogo da História da França – *Catalogue de l’Histoire de France* –, do século XIX, encontram-se biografias, testemunhos, memórias, lembranças e correspondências publicadas de pessoas célebres que participaram do governo, das guerras ou tiveram êxito na vida social, das artes ou das letras. Em um número menor de escritos, encontram-se biografias edificantes encomendadas ou redigidas, discursos jurídicos, textos autobiográficos, elogios acadêmicos, notas biográficas de cientistas feitos a uma classe de prestígio menor, mas também representativa das classes dominantes à época: médicos, religiosos, engenheiros, cientistas, artistas, homens das letras, industriais, comerciantes, proprietários e personalidades locais. Não se encontram, contudo, obras biográficas de camponeses, operários ou artesãos no século XIX.

Nesse sentido, afirma:

Em contrapartida, quanto aos indivíduos de outros grupos (camponeses, artesãos, operários, funcionários de pouca importância etc.), não existe praticamente nenhuma possibilidade de que suas vidas sejam contadas por

⁵⁴⁰ LEJEUNE, 2014, p. 153.

escrito (por eles próprios ou apenas na memória de seu grupo, seu vilarejo, seus pares) e raramente irá além desse círculo. Enclausuradas em seu meio, suas idas não têm o tipo de individualidade próprio para suscitar interesse, em geral vinculado à mobilidade e ao êxito social.⁵⁴¹

E acrescenta:

Não há, portanto, autobiografia “popular” no século 19, porque não existia para ela nem público, nem circuito de difusão. Os textos exumados hoje ou permaneceram inéditos até o século 20, ou então tiveram divulgação insignificante. Raras são as exceções. Dentre elas, encontramos textos de autodatas, como as surpreendentes *Mémoires*, de Norbert Truquin, que só foram realmente lidas a partir de sua reedição em 1977.⁵⁴²

No século VI, com bem aponta Luís Viana Filho, as biografias antigas foram instrumentos de disseminação de ideias políticas, filosóficas e religiosas, cumprindo, durante séculos, o seu papel em cada época. Sob o signo do cristianismo, São Jerônimo escreveu o seu *De viris illustribus* composto por 135 obras biográficas, em que, antes de ter por objetivo narrar a vida dos biografados, tinha por objetivo catequizar os dogmas cristãos.⁵⁴³

Por esta e outras razões, o gênero biográfico, por inúmeros anos, fora preterido por inúmeros autores por ser considerado uma categoria problemática e incompleta, impossível, em muitos casos, de se realizar plenamente. As biografias viram-se, portanto, ameaçadas, enquanto gênero literário, desde a sua origem pela tensão entre admiração e objetividade. Os próprios escritores olhavam com soslaio tais trabalhos que deixavam para parentes e amigos do biografado ou para os textos enciclopédicos.⁵⁴⁴

Havia sempre uma crítica do risco de obras biográficas se tornarem um exercício de erudição, obsessão de arquivo, um inventário enjoativo de mínimos “acidentes significantes”, podendo pender para dois estilos: um, de render tributos ao biografado e outro de ridicularizar ou denigrir seus sujeitos, apresentando-os em momentos mais íntimos e desagradáveis.⁵⁴⁵ É o que hoje se tem chamado de biografias “chapa branca” e “chapa marrom”, respectivamente.

⁵⁴¹ LEJEUNE, 2014, p. 154.

⁵⁴² Ibid., p. 155-156.

⁵⁴³ VIANA FILHO, 2007, p. 593-594.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 594.

⁵⁴⁵ ARFUCH, 2010, p. 138.

A palavra biografia, surgida no início do século XVIII, passara a designar obras nas quais se compilavam, com pouca preocupação de verdade e de crítica, feitos capazes de assegurar ao biografado um lugar de honra na posteridade, daí, contrastando com o atual desinteresse, o descaso, pelo gênero biográfico.⁵⁴⁶

Embora não se possa afirmar que o gênero literário biográfico fora esquecido e relegado ao ostracismo da história, pois, como visto, por quase dois mil anos, obras de relevo do gênero foram publicadas, de fato, entre o fim do século XIX e início do século XX, houve uma escassez de biografias.

A trajetória das biografias, contudo, começa a se reascender com as mudanças dos meios de comunicação jornalísticos. Por volta da metade do século XIX, a imprensa começava a se encarregar dos acontecimentos cotidianos das ruas das cidades que, gradativamente, tornavam-se mais ameaçadoras: os casos policiais (acidentes, brigas, crimes) reclamava a busca pelo testemunho presencial. Mas, tão importante do que o testemunho do informante anônimo, era a palavra dos grandes personagens, cujas opiniões e comentários recolhidos de forma oral formavam o âmbito público/político. Ao final do século XIX, com o surgimento dos gravadores, o jornalismo pôde ampliar seus registros. Após a Primeira Guerra, a utilização corrente de entrevistas e os relatos biográficos tornaram-se meios privilegiados de análise da realidade.

A coleta de relatos da vida, por meio da sistematização de documentos orais (história, sociologia, psicologia social, geografia, ciência política, linguística), que, posteriormente, a partir da segunda metade do século XX, veio a impulsionar o gênero biográfico, ganhou papel de destaque nos Estados Unidos, no início do século XX, com o trabalho desenvolvido por sociólogos americanos, que, visando compreender e dominar a delinquência e a criminalidade existente, passou a coletar, em grandes cidades como Chicago, informações sobre a vida de imigrantes, o histórico, a cultura e os comportamentos destes imigrantes.⁵⁴⁷

Em 1918, Thomes e Znaniecki escreveram a obra biográfica *O camponês polonês na Europa e na América* a partir de cartas e de uma autobiografia escrita por imigrantes.

⁵⁴⁶ VIANA FILHO, 2007, p. 594.

⁵⁴⁷ LEJEUNE, 2014, p. 162.

Surgia nos Estados Unidos o interesse por conhecer os enclaves indígenas, as diversas tribos e línguas na sociedade americana antes da colonização. Nos anos do *New Deal*, a paixão pelo resgate das histórias de vida ou de instituições, biografias de notáveis ou trajetórias relevantes, gerou crescente indagação sobre os limites imprecisos entre história e jornalismo⁵⁴⁸, entre aquilo que é de interesse público e de interesse do público. Essa obra da escola de Chicago inspirou outros importantes trabalhos do gênero biográfico, tal como o livro de Oscar Lewis, intitulado *Os filhos de Sanchez – Les enfants de Sanches* (1963), despertando o gosto do público pelos relatos da vida.

A realidade se altera com mais intensidade após a segunda metade do século XX que reascendeu, ainda mais, o gosto do público pelo outro, pela privacidade alheia. A profunda perda de identidade causada pela massificação, pela midiaticização e pela globalização atual⁵⁴⁹ impulsionou esta necessidade premente de se “consumir a vida do próximo”.⁵⁵⁰

A avidez por informações alheias passou a aguçar a curiosidade coletiva que, muito mais do que meros relatos historiográficos necessários à compreensão da memória de um segmento – cultural, esportivo, artístico, político –, buscava satisfazer interesses pessoais.

Leonor Arfuch atribui esta curiosidade pela narrativa vivencial biográfica e, em última análise, pela intimidade do indivíduo, à identificação do sujeito com o outro, dos modelos sociais existentes de realização pessoal, da curiosidade não isenta de *voyeurismo* e da aprendizagem do viver.⁵⁵¹

Mas, é a partir da década de 70, que o espaço público se aproxima do espaço privado com mais intensidade, reascendendo em definitivo o gosto pelas obras biográficas. As anomalias e crises por que passava o paradigma da modernidade e a emergência da “pós-modernidade” comprometia a concepção tradicional da ordem burguesa de espaço público, ganhando destaque o campo da subjetividade literária. Os “pequenos relatos”

⁵⁴⁸ ARFUCH, 2010, p. 243-244.

⁵⁴⁹ BORGES, Vavy Pacheco. Desafios da memória e da biografia: Gabrielle Brune-Sieler, uma vida (1874-1940). In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.) *Memória e (re)sentimento: indagações sobre uma questão sensível*. Campinas: Editora da Unicamp, 2004. p. 288-289.

⁵⁵⁰ BECHARA, 2012.

⁵⁵¹ ARFUCH, op. cit., p. 16-17.

não se cingiam mais a narrar identidades históricas locais, regionalismos, línguas vernáculas, mas, sobretudo, narravam, subjetivamente, o mundo da vida, da privacidade e da afeição. No espaço midiático, rompiam-se barreiras e flexibilizavam-se costumes, explorando o corpo, o amor, a sexualidade e as relações entre as pessoas.⁵⁵²

Ainda na década de 70, a palavra “autobiografia” enfrentou críticas, pois muitos a adjetivavam de sectárias, de modo que, gradativamente, fora sendo substituída por expressões como “relatos de vida”, “escritas do eu” ou “escritas de si”.⁵⁵³

O “novo” jornalismo de meados dos anos de 1960 nos Estados Unidos marcou uma tendência hegemônica quanto à exibição do íntimo privado no público e, com isso, da “vida real em seu transcorrer”, através de reportagens, de entrevistas biográfico-antropológico-testemunhais, tornando o jornalismo uma espécie de observador participante.⁵⁵⁴ O público ansiava por informações das mais diversas, públicas e privadas; se possível, de dentro dos mais recônditos bastidores. Esse era o jornalismo crescente, dotado de grande liberdade narrativa e estilística, que dessacralizava a regra da objetividade, da neutralidade.

O interesse pela realidade social, a partir da experiência dos sujeitos, deu lugar a uma série de gêneros comunicativos/jornalísticos: as denúncias sociais, os relatos de guerra, esportivos, morais, de transgressões, autobiografias de heróis ou de gente comum, o que Lejeune passou a chamar de “docudrama”.

A constante incerteza quanto ao compromisso de relatar a verdade dos fatos, no sentido de se aproximar mais da história e de se afastar do romance e da ficção, suscitava dúvidas sobre a autonomia do gênero biográfico, que, ao longo da história, passou por transformações: da antiga (histórica) à moderna (romanceada ou literária), o que ora passamos a investigar.

5.2.1 Biografias antigas e modernas: o desafio da verdade

⁵⁵² ARFUCH, 2010, p. 18.

⁵⁵³ LEJEUNE, 2014, p. 95.

⁵⁵⁴ ARFUCH, op. cit., p. 232.

As biografias antigas eram historiográficas, pois tinham por objetivo descrever acontecimentos históricos ou se debruçar criticamente sobre o conteúdo das obras de seus biografados. Os laços afetivos, as brigas familiares, as anedotas, os bastidores, o interior, os motivos, a intimidade, eram secundários e, muitas vezes, sequer objeto de investigação. Não havia, a rigor, um compromisso com a verdade, a qual, em muitos momentos, era omitida, em obséquio ao interesse maior de construir a personalidade almejada por um indivíduo.

As biografias antigas, surgidas no século XVIII, atendiam satisfatoriamente aos objetivos a que se propunham: narrar, sob um viés histórico, acontecimentos sob a perspectiva de vida de figuras importantes, sem, contudo, adentrar às minúcias, aos bastidores, que pudessem macular a imagem ou a honra daqueles. Era quase um tributo para enaltecê-los, no sentido de alçá-los a um papel de destaque social. O que se buscava era, segundo Viana Filho, “conhecer a influência da ação ou do pensamento dos biografados sobre a sociedade; as reações que provocaram; as emoções que despertaram; o poder que detiveram; e a maneira pela qual o usaram.”⁵⁵⁵ Esquecia-se o homem, destituído de defeitos e virtudes.

As biografias modernas, também chamadas de romanceadas ou literária, lado outro, possuem objetivos bem distintos das antigas, porquanto não buscam análises críticas, nem morais, tampouco se destinam a estudar a ação histórica de uma personalidade. O seu objetivo primordial é proporcionar ao seu leitor o retrato de um homem sob todos os seus aspectos. A biografia contemporânea rompeu com a separação do “homem público” e do “homem privado”, de modo que a vida pública e a vida privada tornaram-se um único objeto de pesquisa. Desta forma, interessa à biografia moderna não apenas os fatos históricos, aos quais estiver ligado o biografado, mas, sobretudo, os fatos da sua vida íntima. E para construir este relato da vida, utiliza-se, de todos os instrumentos possíveis, dentre eles a história, a crítica e a psicologia⁵⁵⁶, não excludentes nem exaustivas em si.

É essa vida privada confundida com a vida pública o objeto das biografias modernas, literárias ou romanceadas: são as conquistas profissionais, os títulos, os episódios

⁵⁵⁵ VIANA FILHO, 2007, p. 612.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 613.

históricos, mas também os diálogos mais comezinhos, os acontecimentos mais sórdidos, os momentos de vexame, as atitudes, as provocações, que, sob as lentes de uma terceira pessoa, e sob as suas influências, constroem a narrativa de uma história.

Assim, biografias modernas são a reconstrução de fatos a partir de tramas, de contextos, que o tornem interessantes comercialmente ao seu leitor, pelo que, para Lejeune, uma narrativa de vida não é apenas uma soma de informações; é antes de tudo uma estrutura (a reconstrução de uma experiência vivida em discurso) e um ato de comunicação.⁵⁵⁷

Tenta o pesquisador montar um quebra-cabeça de acontecimentos relacionados à infância, à educação, à vida profissional, familiar, religiosa, política, ao lazer, às relações sociais, que, ao final, atinja o seu projeto, de sorte a construir um resultado vendável a despertar um interesse comercial.⁵⁵⁸

O gênero biográfico vem tomando espaço de outros gêneros literários, pelo que hoje se apresenta como um dos gêneros mais vendidos no mundo⁵⁵⁹. A expansão do gênero biográfico, aliás, fez com que, em muitos momentos, sequer se pudesse identificar se o trabalho realmente era tido como biográfico, pois ora parecia faltar detalhes sobre a vida ou obra do biografado e ora parecia faltar informações históricas sobre a época em que transcorre a narrativa.⁵⁶⁰

Mas, as biografias, em especial, as não autorizadas, estão adstritas a retratar apenas a verdade? E como seria possível definir essa verdade?

Como resultado de uma construção objetiva e subjetiva, as biografias não são resultado de uma ciência natural, mas sim de uma ciência social, o que a aproxima, de certo modo, da arte e se afasta, deste mesmo modo, do objetivo. Nessa toada, o biógrafo

⁵⁵⁷ LEJEUNE, 2014, p. 190.

⁵⁵⁸ LEJEUNE, loc. cit. Nesse sentido, esclarece o autor: “A história é estrutura por origens, limiares, acontecimentos-chaves (que são em geral as grandes rupturas históricas e sociais que marcaram a vida de cada um, mas também, por vezes, acontecimentos individuais que dão à vida sua própria estrutura dramática), e o narrador, relacionando o passado ao presente, avalia a continuidade e a mudança.”

⁵⁵⁹ BIOGRAFIAS dominam lista de mais vendidos da Livraria da Folha na categoria não ficção. *Folha de S. Paulo*, Livraria da Folha, São Paulo, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/livrariadafolha/ult10082u659821.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁵⁶⁰ VIANA FILHO, 2007, p. 595.

nunca alcançará uma verdade absoluta; nunca concluirá o seu trabalho com a sensação de um matemático, que, ao concluir um cálculo, tem a certeza da exatidão do resultado.

A grande questão é: como alcançar a verdade, em uma biografia, que não se prova objetivamente? As palavras escritas, assim como as faladas, possuem múltiplos significados que variam com a interpretação do seu destinatário – leitor/ouvinte –, de modo que o biógrafo, ao relatar os fatos de uma vida, deve se aproximar o quanto possível da verdade social, isto é, dos fatos verdadeiramente ocorridos. Não significa dizer, contudo, que o gênero biográfico impede o pesquisador de dar a sua interpretação subjetiva aos fatos – o que, aliás, não seria sequer possível de exigir.

Tomemos como exemplo uma oração hipotética inserida em uma biografia e lida por dois leitores distintos, nos seguintes termos: “E, naquele momento, Roberto foi impedido de entrar, pois se encontrava em vestes de banho”. A oração parece simples, mas pode gerar múltiplas interpretações a depender do contexto e a depender do seu leitor. Pode-se entender que Roberto, biografado, não ingressou em um restaurante, pois se encontrava com roupas informais de banho, assim como é possível interpretar também que ele pretendia entrar em uma praia de nudismo, mas fora impedido, pois somente se franqueava entradas de pessoas sem vestes alguma.

É o que ocorre nas biografias. Não se esperem verdades ou interpretações homogêneas, pois será pouco provável que dois autores escrevam um mesmo fato da mesma forma e será ainda menos provável que dois leitores interpretem estes fatos com o mesmo sentido. O mesmo leitor, ao se debruçar sobre o mesmo texto, em um outro momento, dele tirará conclusões distintas. O mesmo leitor, acaso opte por acessar o texto por meio da linguagem falada e não escrita, também extrairá conclusões distintas.

O fato é que a tarefa de interpretar e narrar uma vida envolve grande subjetividade e enfrenta caminhos espinhentos, pois, como em todo processo linguístico, há uma relação interdisciplinar entre o texto, o autor e o leitor, como bem aponta Paul Ricoeur: “Este choque da relação entre o texto e o seu mundo é a chave deste outro choque de

que falamos, aquela que afeta a relação do texto com as subjetividades do autor e do leitor”.⁵⁶¹

Narrar a existência de alguém não se trata da mera compilação de acontecimentos históricos, mas de processo de interpretação entre autor, leitor e personagem. Antes de meros relatos historiográficos, biografias constroem e interpretam trajetórias de vida.

Assim, nada tornará o biógrafo insuscetível de censura. Jamais se livrará de acusações de ter falseado a verdade, pois somente com o auxílio de conclusões lógicas, do método dedutivo, e da própria cronologia do tempo, conseguirá o biógrafo preencher as lacunas existentes, por mais densa que seja a pesquisa, na construção de um relato de vida. Não se quer dizer que o fará mediante invenções de fatos, fantasiando histórias como o faz o romance, mas, através da intuição, contará fatos que, embora não comprovados, são prováveis.

Escrever a “vida verdadeira” de alguém não seria factível, pois jamais poderá ter a certeza de tê-la alçado. A dúvida da verdade, cuja prova dificilmente será alcançada, sempre existirá, até porque na obra o escritor elege os fatos mais interessantes que pretende interpretar e contar. Uma obra biográfica que queira agradar o biografado, enaltecendo suas virtudes e mitigando suas fragilidades e inquietações, não atinge o objetivo das biografias modernas, que, como visto, não se preocupam em demasia com a verdade.

É certo que o gênero biográfico transformou-se ao longo do tempo ao pincelar de outros gêneros literários, tais como o romance e a ficção, características atraentes ao leitor. Mas é certo também que as biografias não se afastaram de suas marcas mais expoentes: a verdade, a exatidão e o sentimento de justiça.⁵⁶²

⁵⁶¹ RICOUER, Paul. *Hermenéutica y Acción. De la Hermenêutica del texto a la Hermenêutica de la Acción*. Buenos Aires: Prometeo Livros Editorial, 2008. p. 131. Tradução livre.

⁵⁶² LEJEUNE, 2014, p. 121. Para Lejeune, as autobiografias como as biografias não estão presas à verdade e que é um engodo acreditar que, no século da psicanálise, o sujeito seja capaz de falar a verdade sobre si mesmo. A tentativa de se ater à verdade torna a autobiografia uma ficção de segunda categoria, pobre, vergonhosa e paralisada, ingênua, hipócrita, pois se nega enquanto ficção, e, ao mesmo tempo, priva-se dos recursos da criação – única forma de se chegar, em algum plano, à verdade.

Divergências quanto à narrativa de fatos biográficos são inerentes ao próprio gênero. As mais diversas fontes – entrevistas, relatos, depoimentos, correspondências –, uma vez extraídas pelo biógrafo, o tornam também protagonista como testemunha das histórias, senão dos fatos realmente ocorridos, mas ao menos dos relatos por ele colhidos. Em verdade, há nas biografias uma interlocução constante entre pesquisador e personagem. O biógrafo ou o historiador reconstrói um contexto de uma época a partir de uma narrativa vivencial do outro. É aí que reside, contudo, a linha tênue entre história e fofoca, entre público e privado.

São inevitáveis, portanto, divergências entre biógrafos e biografados, das quais poderão advir novos conhecimentos e explicações em relação à verdade sobre os relatos da vida, de sorte que, salvo os fatos objetivamente comprovados, não há de se perquirir um dogmatismo na narrativa.⁵⁶³

Não se pode esperar do biógrafo uma narrativa homogênea, meramente histórica, pois a vida humana não é assim traçada: há uma colisão constante entre o bom e o mal, virtudes e defeitos, que, invariavelmente, hão de ser interpretados e relatados pelo biógrafo, de sorte que Luís Viana Filho esclarece:

Longe de ter a imobilidade e a uniformidade dum quadrilátero de granito, de faces polidas, e que pudéssemos ver e compreender de pronto, a vida humana se assemelha aos cursos d'água, aos rios, que, embora buscando sempre as larguezas do oceano, jamais conseguem alcançá-las senão através duma infinidade de avanços e recuos, de auxílios e contribuições, de voltas e curvas que, à primeira vista, nos podem parecer desnecessárias ou estranhas, mas que constituem a obra sábia da natureza.⁵⁶⁴

Assim, a construção da memória reclama a liberdade do “espaço biográfico”, a liberdade de sua concretização escrita, pois, como afirma Lejeune, a partir de relatos ou testemunhos, aponta-se, para além da peripécia pessoal, a reconstrução de certas dimensões da história e da memória coletivas.⁵⁶⁵ Desta forma, exigir do escritor a comprovação de todos os fatos relatados como condição de publicação equivale a censurar a própria obra.

⁵⁶³ VIANA FILHO, 2007, p. 628.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 626.

⁵⁶⁵ LEJEUNE, 2014.

Nas biografias, não há o pacto de veracidade e ocorrem, não raras vezes, relatos ficcionais, devendo o leitor ter esta compreensão. Como visto, diferentemente do que ocorre nas autobiografias, onde, aí sim, se estabelece o “pacto biográfico”, isto é, “o pacto de verdade”, aqui, nas biografias, não há identidade entre autor e personagem, mas mera semelhança entre eles.

Nas biografias, as condutas do escritor e do biografado são distintas, sendo o resultado da obra fruto da interpretação do escritor/pesquisador. Assim, traduzindo o compromisso com a verdade para o campo da responsabilidade civil, é de se entender que, ainda que se trate de biografia autorizada – colhida a partir de relatos do próprio personagem –, o biografado não responde pelos fatos contidos na obra, ainda que atinja, por inverídicos, a honra de terceiros. Neste caso, eventual abuso da informação comprovadamente inverídica e, em última análise, a responsabilidade civil, caberá, tão somente, ao escritor ou à editora.⁵⁶⁶

Neste contexto, compreendida a história do gênero biográfico e os contornos quanto à verdade do objeto investigado, torna-se necessário investigar o problema da ausência de consentimento para a produção, publicação e circulação de obras biográficas não autorizadas no Brasil.

5.3 BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO

Como visto, não são poucas as obras publicadas que descrevem grandes feitos da humanidade a partir de relatos biográficos, tendo sido contados, apenas a título ilustrativo, detalhes de conquistas militares na Macedônia, que levaram à construção do gigantesco império de Alexandre O Grande⁵⁶⁷; entrelinhas da ascensão de Júlio César e da formação do vasto Império Romano⁵⁶⁸; bastidores da trajetória humana do mais

⁵⁶⁶ Nesse sentido, conferir: BRASIL. *Apelação nº 03487406720108260000*, rel. Alcebíades Leopoldo e Silva Júnior, j. 26/08/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136113092/apelacao-apl-3487406720108260000-sp-0348740-6720108260000/inteiro-teor-136113102>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

⁵⁶⁷ MASSIMO, Valério. *A grande história de Alexandre*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009; BRIANT, Pierre. *Alexandre o Grande*. Tradução: Rejane Janowitz. São Paulo: L&PM, 2010; DROYSEN, Johann Gustav. *Alexandre o Grande*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

⁵⁶⁸ SCHMIDT, Joël. *Júlio César*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: L&PM, 2006.

famoso general e estadista da história moderna, Napoleão Bonaparte⁵⁶⁹; discussão conjugal entre Mussolini e sua esposa Raquel, que direcionou, de alguma forma, o desenrolar da II Grande Guerra⁵⁷⁰; história do negro, nascido de mãe branca norte-americana, pai negro africano e padrasto asiático, que se tornou o 44º presidente da maior potência econômica e política do mundo, Barack Obama⁵⁷¹. Nada fugiu aos olhos do historiador, do biógrafo.

Inúmeras obras adotam o gênero literário das biografias para narrar a história e aproximar o público da vida privada de seus personagens, sendo a sua importância inegável para a construção da memória coletiva. Vale nos referirmos, apenas a título ilustrativo, a algumas delas: *O Advogado Rui Barbosa*⁵⁷², *Tiradentes*⁵⁷³ *Getúlio Vargas*⁵⁷⁴, *Castro Alves – Um poeta sempre Jovem*⁵⁷⁵, *Clarice*⁵⁷⁶, *Machado de Assis – um gênio brasileiro*⁵⁷⁷ e *Oscar Niemeyer*.⁵⁷⁸

Em dias atuais, não são poucas as obras produzidas, sem autorização, que buscam retratar a vida de pessoas que se tornaram públicas – seja por sua trajetória política, artística, científica, literária, esportiva ou por terem simplesmente se envolvido em fatos de grande repercussão nacional, dentre eles, como autores ou vítimas de crimes e acidentes de grande comoção popular –, cuja circulação fora, de alguma forma, impedida ou suspensa, ainda que temporariamente, pelo Poder Judiciário.

⁵⁶⁹ STEVEN, Englund. *Napoleão: Uma biografia política*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

⁵⁷⁰ FIGUEIREDO, Eduardo Godoy. *Mussolini*. São Paulo: Três, 1974. p. 9. (Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos). Diálogo entre Mussolini e sua esposa Raquel: “Benito, lembre-se de Napoleão, que você admira tanto. Ele era poderoso, reinava sobre a Europa. Mas o que fez ele? Depois de tantas vitórias, procurou mais vitórias. Depois de tantas conquistas, quis estender ainda mais seu império. E o que aconteceu, Benito? Ele perdeu tudo. Tudo desmoronou sob seus pés. Não faça como Napoleão!

E o que você quer que eu faça? Que peça demissão, que vá criar galinhas? Você está brincando Raquele.

Não, eu não quero que você vá criar galinhas. E quero que você para em tempo, que você entre para a História.”

⁵⁷¹ ABRAMSON, Jill. *Obama. A jornada histórica*. Tradução: Ana Ban, Marisa Motta e Vivian Mannheimer. Tamboré – Barueri: Manole, 2009.

⁵⁷² NOGUEIRA, Rubem. *O Advogado Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Cátedra, 1979.

⁵⁷³ LYDIA, Mury. *Tiradentes*. São Paulo: Três, 1973. (Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos).

⁵⁷⁴ VIANA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *Getúlio Vargas*. São Paulo: Três, 1974. (Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos).

⁵⁷⁵ SILVA, Alberto da Costa e. *Castro Alves: Um poeta sempre Jovem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (Coleção Perfis Brasileiros).

⁵⁷⁶ MOSER, Benjamin. *Clarice*. Tradução: José Geraldo Couto. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

⁵⁷⁷ PIZA, Daniel. *Machado de Assis: Um gênio brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Imesp, 2006.

⁵⁷⁸ CORRÊA, *Oscar Niemeyer*. Bonsucesso: Ediouro, 2005. (Coleção Perfis do Rio).

Vale nos referirmos, a título exemplificativo, a obras suspensas e/ou impedidas, algumas temporariamente, outras em definitivo: *Estrela Solidária: um brasileiro chamado Garrincha*⁵⁷⁹, escrita sobre a forma de romance biográfico, que retrata a vida pessoal e profissional de um dos maiores pontas esquerdas do futebol brasileiro, herói das Copas de 1958 e 1962, sem olvidar para detalhes como o tamanho do seu órgão sexual e problemas com alcoolismo e mulheres; *Roberto Carlos em detalhes*⁵⁸⁰, que trata da trajetória profissional e pessoal do cantor Roberto Carlos, suas manias, compulsões e frustrações amorosas; *João Gilberto*⁵⁸¹, sobre a vida de um dos maiores expoentes da música popular brasileira; *Nike CBF*⁵⁸², sobre a investigação da CPI do futebol da Câmara dos Deputados que desvendou o lado oculto dos grandes negócios da cartolagem do futebol brasileiro, associando-o ao então presidente da CBF, Ricardo Teixeira; *Noel Rosa – Uma biografia*⁵⁸³, sobre a vida de um dos maiores cantores, compositores e violonistas brasileiros; *Edifício London*⁵⁸⁴, obra escrita que apresenta, na íntegra, espetáculo teatral – cuja apresentação fora também impedida judicialmente –, e que retrata uma tragédia contemporânea, tendo como ponto de partida o famoso caso da família Nardoni, notadamente, a morte da menina Isabella pelo pai, Alexandre Nardoni, e pela madrasta, Ana Carolina Jatobá, no ano de 2008; ainda sobre o mesmo caso, proibiu-se a obra *Isabella*, escrita por Paulo Papendreu, na qual o autor utiliza, sem autorização, fotografia da menina e afirma não ter havido homicídio, mas acidente doméstico⁵⁸⁵; *A Morte de Isabella Nardoni – Erros e Contradições Periciais*, escrita pelo perito George Sanguinetti, contratado pela defesa dos acusados, cuja publicação fora proibida, preventivamente, por decisão judicial da justiça paulista, em que aponta erros da perícia técnica e sustenta que a morte de Isabella teria sido precedida de abuso

⁵⁷⁹ CASTRO, Ruy. *Estrela Solidária: um brasileiro chamado Garrincha*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁵⁸⁰ ARAÚJO, Paulo Cesar de. *O réu e o rei: minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

⁵⁸¹ GARCIA, Walter. *João Gilberto*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

⁵⁸² REBELO, Aldo; TORRES, Silvio. *CBF Nike*. São Paulo: Casa Amarela, 2001.

⁵⁸³ MÁXIMO, João; DIDIER, Carlos. *Noel Rosa: Uma biografia*. Brasília: Editora da UnB, 1990.

⁵⁸⁴ ARANTES, Lucas. *Edifício London*. Ribeirão Preto, SP: Coruja, 2013. (Coleção Rascunho).

⁵⁸⁵ TOMAZ, Kleber. Autor fala em relançar livro proibido com novo título e sem foto de Isabella. *Globo.com*, São Paulo, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1330734-15528,00-AUTOR+FALA+EM+RELANCAR+LIVRO+PROIBIDO+COM+NOVO+TITULO+E+SEM+FOTO+D+E+ISABELL.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

sexual e não de esganadura⁵⁸⁶; *O Voo da Esperança*⁵⁸⁷, obra, escrita pelo médico e espírita, Woyne Figner Sacchetin, que traz uma abordagem espírita sobre o maior acidente aéreo da aviação brasileira – tragédia do voo JJ 3054 da TAM –, ocorrida em julho de 2007, no aeroporto de Congonhas/SP, em que sustenta que os passageiros morreram, porque foram algozes em uma vida passada, na qual queimavam suas vítimas.

A lista exemplificativa ainda inclui *Lampião, o Mata Sete*⁵⁸⁸, sobre o conhecido rei do cangaço do Nordeste, cujo conteúdo apontava para relações homossexuais do cangaceiro; *Sinfonia Minas Gerais – A vida e a Literatura de João Guimarães Rosa*⁵⁸⁹, sobre a trajetória do embaixador, contista e romancista mineiro Guimarães Rosa; *Paulo Leminski – O Bandido que Sabia Latim*⁵⁹⁰ – sobre o escritor, tradutor, publicitário e poeta mineiro; *Memórias de um Trader – A História Vivida do Comércio Exterior Brasileiro nas Décadas de 70 e 80*⁵⁹¹, escrita por Roberto Giannetti, ex-Secretário Executivo da Câmara de Comércio (Camex), que conta os bastidores das relações comerciais brasileiras e suas anedotas que transformaram a economia do Brasil, essencialmente agrícola, em exportadora de produtos de alto valor agregado nos últimos 50 anos; *A Surdez das Empresas*, obra escrita por Francisco Viana pela Editora Lazuli, que retrata a história da administração judicial e negócios nada ortodoxos sob investigação de uma das maiores empresas de palha de aço do Brasil – Bombril⁵⁹²; *Gilded Lily: Lily Safra: The Making of One of the World's Wealthiest Widows* –

⁵⁸⁶ MADEIRO, Carlos. Livro censurado pela Justiça revela em 2010 “erro” em tese de esganadura de Isabella. *Uol Notícias*. Maceió. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/08/livro-censurado-pela-justica-revelava-em-2010-erro-em-tese-de-esganadura-em-isabella.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁵⁸⁷ SACCHETIN, Woyne Figner. *O Voo da Esperança*. Bragança Paulista: Lachâtre, 2007.

⁵⁸⁸ A 2ª Câmara Cível do TJ/SE, por unanimidade, reformou a sentença que determinava a proibição da publicação da obra *Lampião – O Mata Sete* –, fundamentando-se em argumentos dos ministros Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Melo, exarados no AI 595395/SP, sobre a técnica da ponderação na hipótese de colisão de direitos fundamentais. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Apelação cível nº 201200213096*, rel. Cezário Siqueira Neto, j. 30/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/184678486/andamento-do-processo-n-201200213096-apelacao-civel-30-04-2015-do-tjse>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

⁵⁸⁹ BARBOSA, Alaor. *Sinfonia Minas Gerais: A vida e a Literatura de João Guimarães Rosa*. Brasília, DF: LGE, 2008.

⁵⁹⁰ VAZ, Toninho. *Paulo Leminski: O Bandido que Sabia Latim*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁵⁹¹ FONSECA, Roberto Giannetti. *Memórias de um Trader: - A História Vivida do Comércio Exterior Brasileiro nas Décadas de 70 e 80*. São Paulo: Iob / Thomson Pioneira, 2002.

⁵⁹² CARNEIRO, Lucianne. Polêmica administração judicial da Bombril volta à cena em livro que teve lançamento suspenso por liminar. *Extra digital*. 26 maio 2009. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/economia/polemica-administracao-judicial-da-bombril-volta-cena-em-livro-que-teve-lancamento-suspenso-por-liminar-289759.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

traduzida livremente nesta pesquisa como *Dourada Lily: Lily Safra: A formação de uma das viúvas mais ricas do mundo*, cujo lançamento fora proibido no Brasil, por força de ação judicial ajuizada pelo sobrinho de Lily, contra passagem da obra que afirmava que o seu irmão, Artigas Walkins, pai do requerente, teria participado da morte do seu segundo marido, Alfredo Monteverde, proprietário da rede Ponto Frio, de quem herdou toda a fortuna, embora as autoridades tenham considerado a morte como suicídio⁵⁹³.

Dentre esta extensa lista, há ainda os livros *A História que o Brasil Desconhece*, de Guilherme de Pádua; *Usina da Injustiça*, de Ricardo Tiezzi; *O Mapa da Corrupção no Governo FHC*, de Larissa Bortoni e Ronaldo Moura; *A Descentralização no Banco dos Réus*, de Nei Silva; *A História de seu Lunga, o Homem mais Zangado do Mundo*, de Cordel de Abraão Bezerra Batista; *Músicas, Ídolos e Poder*, de André Midani⁵⁹⁴ e o curta metragem *Di-Glauber*, do cineasta Di Cavalcanti, censurado em 26/10/1976⁵⁹⁵.

Em todos estes casos, houve oposição do biografado ou de seus familiares, na hipótese de biografias póstumas –, que impediram a publicação ou suspenderam a circulação das obras, algumas apenas temporariamente. O entendimento paradigma, salvo raras exceções, era no sentido de que, havendo oposição do biografado ou de seus familiares, devia-se proteger a privacidade e a honra, nos termos dos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem a necessidade do Poder Judiciário se debruçar sobre o conteúdo veiculado.

O fato é que a ausência de consentimento do biografado ou de seus familiares gerou inúmeras controvérsias judiciais e extrajudiciais, antes mesmo da publicação do Código Civil de 2002.

⁵⁹³ ANTUNES, Anderson. Lily Safra Unauthorized Biography Blocked In Brazil, But Author Tells Forbes She Stands By Her Research. *Forbes*. 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2013/08/15/lily-safra-unauthorized-biography-blocked-in-brazil-but-author-tells-forbes-she-stands-by-her-research/>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁵⁹⁴ FIORATTI, Gustavo; TOLEDO, Giuliana de; GENESTRETI, Guilherme; PASSOS, Úrsula. Justiça do país veta 25 obras em dez anos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 4 nov. 2014. p. 01.

⁵⁹⁵ Em outubro de 1976, o cineasta Glauber Rocha lançou documentário intitulado *Di-Glauber* que retratava o funeral do pintor Di Cavalcanti, tendo, em 1977, ganhado o prêmio do Especial do Júri do Festival de Cannes. Em 1979, a filha do pintor requereu e obteve a proibição do filme em Mandado de Segurança ajuizado perante a 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. O GLOBO. Filme de Glauber Rocha sobre enterro de Di Cavalcanti está censurado há 34 anos. *O Globo*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/filme-de-glauber-rocha-sobre-enterro-de-di-cavalcanti-esta-censurado-ha-34-anos-10539863>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

Em 1979, o ex-mordomo de Roberto Carlos, Nichollas Mariano, publicou a obra *O rei e eu*, escrita por um amigo, em que relatava episódios vividos pelo cantor na década de 1960, dentre eles o envolvimento amoroso com uma fã de prenome Lúcia, com quem teve o seu filho primogênito, Rafael Braga, posteriormente reconhecido em exame de DNA. À época, em ação judicial movida por Roberto Carlos contra Nichollas Mariano, afirmou-se na defesa do biografado que o livro seria uma inverdade no seu todo e um desrespeito não só a ele, mas também às pessoas nele referidas. Não menos que 134 mil exemplares foram apreendidos e queimados, o que, segundo Paulo de Araújo, não gerou maiores repercussões à época, pois se vivia no auge da ditadura militar e atos autoritários eram tidos com naturalidade.⁵⁹⁶

Em 1983, outra controvérsia judicial envolvendo a liberdade de expressão e a proteção da esfera privada do referido cantor chegou ao Poder Judiciário. O jornalista Ruy Castro publicou reportagem na Revista *Status* intitulada *O Roberto Carlos que ninguém conhece*, em que abordou aspectos da vida pessoal do artista, destacando algumas aventuras amorosas. Acusados de injúria e difamação, Ruy Carlos e o editor executivo da revista, Fernando Pessoa Pereira, foram condenados a dois meses de prisão.⁵⁹⁷

Passados 10 anos, em 1993, o jornalista Ivan Finotti e o fotógrafo José Luiz da Conceição, sob a orientação do diretor executivo Walter Novaes, publicaram, no jornal paulista *Notícias Populares*, uma série de reportagens também sobre a vida do cantor Roberto Carlos, narrando, dentre outros acontecimentos, o acidente de trem por ele vivido em sua infância, sob o título *Toda história da perna do rei*. Novamente, a Justiça do Rio de Janeiro determinou a suspensão da circulação da matéria. À época, Saulo Ramos, então advogado de Roberto Carlos, declarou: “Não é segredo que Roberto usa uma prótese na perna, pois manca no palco. O que ele não quer é que o jornal ganhe dinheiro às suas custas”.⁵⁹⁸

Não foi diferente com a obra biográfica escrita pelo jornalista Paulo César de Araújo sobre a trajetória profissional e pessoal também de Roberto Carlos, publicada no ano de 2006. Após a publicação da obra, *Roberto Carlos em detalhes*, o cantor, por meio de

⁵⁹⁶ ARAÚJO, 2014, p. 232.

⁵⁹⁷ ARAÚJO, loc. cit.

⁵⁹⁸ ARAÚJO, loc. cit.

seus advogados, apresentou junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos de São Paulo, notificação extrajudicial preparatória à ação judicial direcionada à editora Planeta e ao jornalista Paulo César, em que requeria a interrupção da publicação, da distribuição e da venda do livro, no prazo de 5 dias, sob pena de ressarcimento por dano material⁵⁹⁹ e moral⁶⁰⁰.

Por decisão judicial proferida pelo Juízo da 20ª Vara Criminal de Barra Funda da Comarca de São Paulo, fora determinada a proibição e apreensão do livro escrito por Paulo César de Araújo. A polêmica se instalou, então, definitivamente no Brasil, ocupando o palco das principais discussões no país e, até mesmo no exterior, citada em reportagens de jornais como o *Le Monde* e o *New York Times*.⁶⁰¹

Em 2013, Alice Ruiz, poeta e viúva de Paulo Leminski (1944-1989) – escritor, tradutor, crítico literário, publicitário e poeta –, e suas filhas, opuseram-se judicialmente à publicação da quarta edição da obra biográfica – *O bandido que sabia Latim* –, escrita por Toninho Vaz, sob a alegação de que o escritor teria incluído na quarta edição da obra fatos sórdidos sobre o suicídio do irmão de Paulo, Pedro Leminski: “Somos contra a exploração de fatos que nada ajudam a elucidar a importância de Paulo Leminski na cultura brasileira”, disse a filha Áurea. E acrescentou: “Não é ser chapa branca, é ser contra imprensa marrom”.⁶⁰² O autor tentou, através de interpelação judicial, obter explicações sobre a oposição e tentar publicar a obra, sem sucesso, contudo.⁶⁰³ A publicação fora, de fato, proibida.

⁵⁹⁹ ARAÚJO, 2014, p. 235. Trecho da notificação extrajudicial que se refere aos danos materiais suportados por Roberto Carlos em razão do uso de informações pessoais sobre sua pessoa, sem sua autorização, com finalidade econômica: “Como era do conhecimento dessa empresa, a obra intitulada *Roberto Carlos em detalhes*, de autoria do Sr. Cesar de Araújo, foi elaborada sem a ciência ou autorização do artista. Mesmo assim, essa editora houve por bem publicar a referida obra. A simples publicação da obra importa em locupletamento ilícito por parte dessa empresa, que vem auferindo lucro indevido com a apropriação da imagem, no nome e da intimidade do artista.”

⁶⁰⁰ ARAÚJO, loc. cit. Trecho da mesma notificação, em que se faz referência aos danos morais decorrentes da publicação da obra: “a exploração sensacionalista dos eventos mais íntimos de sua vida, os erros, bem como as especulações sobre sua intimidade, vêm causando graves danos à honra do artista”.

⁶⁰¹ Ibid., p. 09.

⁶⁰² GRAGNANI, Juliana. Familiares barram biografia de Leminski. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 out. 2013. Ilustrada E5.

⁶⁰³ FAMÍLIA de Leminski barra na Justiça a nova edição de biografia do poeta. *G1 Paraná*, Paraná, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/10/familia-de-leminski-barra-na-justica-nova-edicao-de-biografia-do-poeta.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Mesmo sem autorização de Alice Ruiz e de suas filhas, o escritor paranaense e amigo de Paulo Leminski, Domingos Pellegrini decidiu espalhar pela internet o livro de memórias *Passeando por Paulo Leminski*, depois de tomar ciência da proibição quanto à publicação da quarta edição da biografia *O bandido que sabia Latim*, lançada originalmente em 2001. Segundo o escritor, o objetivo dos familiares é fazer uma biografia “chapa branca”, coisa que Paulo nunca foi, razão pela qual recusou a proposta. E acrescenta: “*Passeando por Paulo Leminski* não tem “nada de difamatório”, ao contrário, ilumina Leminski e o humaniza. Ele não escondia nada de ninguém.” E conclui: “[...] ninguém gostaria de ver um Leminski ‘perfeito’, sem falhas. Ele tinha defeitos, e isso o humaniza mais. Aliás, Leminski sem os seus defeitos não seria o Leminski.”⁶⁰⁴

Não cessam os casos que tramitam no Poder Judiciário, visando à proibição de publicação, a interrupção de circulação e/ou a supressão de trechos das obras biográficas sempre ao fundamento de violação à privacidade, embora, em muitos casos, se busque apenas uma participação no proveito econômico da obra.

A controvérsia ganhou novos contornos, ainda, após o ajuizamento, em julho de 2012, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4815/DF, visando à declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil⁶⁰⁵, ao fundamento de que a interpretação conferida aos referidos artigos, no sentido de exigir a prévia autorização do biografado, para autorizar a publicação e circulação de obras biográficas, viola “as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)”.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ SAVIANI, Rodrigo; GIMENES, Erick. Escritor publica obra não autorizada sobre Paulo Leminski na internet. *G1 Paraná*, Paraná, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2013/10/escritor-publica-obra-nao-autorizada-sobre-paulo-leminski-na-internet.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁶⁰⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.815-DF [Voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶⁰⁶ PETIÇÃO inicial da ADI n° 4815-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

A análise da ADI 4815-DF será objeto de investigação em tópico específico desta pesquisa, contudo, desde já, cabe observar que o julgamento do mérito da ação direta não põe termo à discussão, embora seja um importante vetor de interpretação.

Eclodiram-se, especialmente a partir de 2013, diversas manifestações, nos meios de comunicação, dos mais diversos segmentos da sociedade civil e de autoridades do Poder Público – classe artística, editores de livros, pesquisadores, críticos, ministros e membros do Poder Judiciário –, que se posicionaram a favor e contra a exigência de autorização prévia para a produção, publicação e circulação de obras biográficas, literárias, teatrais ou audiovisuais, de pessoas cujas trajetórias de vida sejam de interesse público, com ou sem finalidade comercial.

O autor e compositor Caetano Veloso, em matéria publicada em 28/01/2014, no Jornal *O Estado de São Paulo*, intitulada *Não Desejo Controle Sobre Biografias*, ratificou sua posição expressada em coluna por ele assinada no jornal *O Globo* pela possibilidade de publicação de obras do gênero biográfico, independentemente de qualquer autorização do pesquisado ou de seus familiares: “Sempre fui pela liberação total das biografias”. Questionado sobre a possibilidade de se alcançar um meio termo capaz de atender aos interesses de artistas contra a invasão de sua privacidade e contra inverdades criadas e, ao mesmo tempo, garantir a liberdade de expressão, acrescentou: “Sempre pode haver bom senso. Mas, de minha parte, não desejo nem preciso de controle sobre as biografias por parte dos biografados”.⁶⁰⁷

A manifestação de Caetano Veloso, contudo, não se mostra consentânea com a controvérsia instalada no ano de 2004, após os escritores Carlos Eduardo Drummond e Márcio Nolasco concluírem pesquisa biográfica do cantor, realizada nos anos de 1997 a 2004, e buscarem sua publicação através da editora Objetiva que, devido, à época, às recentes alterações do Código de Civil de 2002, exigiu prévia autorização do pesquisado. Em negociações contratuais preliminares, os procuradores de Caetano, representado por Conceição Lopes e sua empresária Paula Lavigne, exigiram a participação econômica nos direitos autorais e a vedação de adaptação da obra para o cinema. Em 2004, no entanto, Caetano desistiu da negociação, de sorte que a Editora

⁶⁰⁷ MARIA, Júlio. Não desejo controle Biografias. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2014. Caderno 2, p. E1.

Objetiva, temendo uma futura ação judicial, desistiu da publicação da obra. Para Ronaldo Feith, sócio da editora Objetiva, a obra tornou-se “inviável”, pois, “a chance de um processo seria alta”.⁶⁰⁸

Chico Buarque, em artigo intitulado *Penso Eu*, publicado no jornal *O Globo*, em 16/10/2003, manifestou-se a favor da proteção da privacidade do biografado, defendendo a impossibilidade de publicação de obras existenciais sem consentimento prévio, pelo que afirmou: “Pensei que o Roberto Carlos tivesse o direito de preservar a sua vida pessoal”. E criticou a adjetivação de censor àquele que se opõe à circulação de obras sobre sua vida privada; adjetivação esta que não é atribuída às grandes emissoras: “Nos anos 70 a TV Globo me proibiu. Foi além da Censura, proibiu por conta própria imagens minhas e qualquer menção ao meu nome. Amanhã a TV Globo pode querer me homenagear. [...]. Vai precisar da minha autorização. Se eu não der, serei eu o censor”.⁶⁰⁹

Após o ajuizamento da ADI nº 4815-DF pela ANEL⁶¹⁰, o grupo Procure Saber, associação inicialmente criada no ano de 2013, dentre outros artistas, por Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Roberto Carlos, Djavan, Erasmo Carlos e Paula Lavigne – sua representante –, para lutar pelo pagamento de direito autorais e intensificar a fiscalização de atividades do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD –, passou a encabeçar a luta pela proibição da produção, publicação e comercialização de biografias não autorizadas, em proteção à privacidade dos artistas.⁶¹¹ Dentre outras declarações, membros do Procure Saber passaram a defender a necessidade de participação dos biografados no resultado econômico das obras. E assim o fez Djavan, ao afirmar que: “Editores e biógrafos ganham fortunas, enquanto aos biografados resta o ônus do sofrimento e da indignação.”⁶¹²

Paula Lavigne expressou, também, sua preocupação quanto às baixas indenizações fixadas pelo Poder Judiciário na hipótese de violação do direito à honra, o que, pelo

⁶⁰⁸ GRAGNANI, Juliana, CANÔNICO, Marco Aurélio e COZER, Raquel. Sem autorização, livro sobre Caetano acabou engavetado. *Folha de São Paulo*, São Paulo e Rio de Janeiro, 19 out. 2013. Ilustrada. p. E3.

⁶⁰⁹ BUARQUE, Chico. Penso eu. *O Globo*, Rio de Janeiro, 16 out. 2013. Segundo Caderno, p. 01.

⁶¹⁰ Associação Nacional dos Editores de Livros.

⁶¹¹ CASTRO JÚNIOR, Chico. Biografia: autoriza ou não? *A Tarde*, Salvador, 16 out. 2013. Caderno 2, p. 02-03

⁶¹² CASTRO JÚNIOR, loc. cit.

menos a princípio, não seria um meio eficaz para reparar o dano sofrido. Nesse sentido, afirmou: “Corremos o risco de estimular o aparecimento de biografias sensacionalistas, em um país que a reparação pelo dano moral é ridícula”.⁶¹³

O ex-ministro da cultura, cantor e compositor Gilberto Gil, publicou artigo em 16/10/2013, em coluna especial do Jornal *O Globo*, em que deixou clara sua posição quanto à proteção da privacidade enquanto elo fundamental da cidadania. Defende o cantor e compositor que, ao se julgar procedente a ADI nº 4815-DF, ajuizada pela ANEL, fortemente apoiada pelos meios de comunicação, pela TV em especial, estar-se-ia a contrariar os que clamam pela garantia do seu direito à privacidade, ao passo que, se julgada improcedente, estar-se-ia contrariando os grandes interessados em que vidas pessoais sejam livremente retratadas, “transformando em ativos comerciais de grande valor para a montagem do espetáculo midiático [...] para muito além do interesse público [...]”⁶¹⁴

Jorge Mautner, cantor, compositor e escritor, em artigo publicado no jornal *O Globo*, consignou a sua posição a favor da proteção da privacidade e da intimidade de pessoas retratadas em obras biográficas não autorizadas. Citando Camille Desmoulins, guilhotinada na Revolução Francesa, segundo a qual “o preço da liberdade é a eterna vigilância”, o escritor defende que essa vigilância deve sofrer limites e o Estado não deve autorizar nem tampouco se imiscuir na vida privada sem reais justificativas.⁶¹⁵

Em sentido contrário, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, defendeu a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, posicionando-se a favor da publicação de obras biográficas independentemente de consentimento do biografado ou de seus familiares. Para tanto, requereu seu ingresso na ADI nº 4815-DF, na qualidade de *amicus curiae*⁶¹⁶, o qual fora homologado pela então Relatora, Ministra Cármen Lúcia, em 05/02/2015.⁶¹⁷

⁶¹³ GRAGNANI, Juliana. Gil e Caetano se juntam a Roberto contra biografias. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 out. 2013. Ilustrada. p. E1.

⁶¹⁴ GIL, Gilberto. O direito à privacidade como elo da cidadania. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 out. 2013. Caderno 2, p.01.

⁶¹⁵ MAUTNER, Jorge. A liberdade individual. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 out. 2013. Caderno 2, p. 3.

⁶¹⁶ “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Na petição direcionada ao STF, a OAB afirma: “Não se pode proteger preventivamente a coletividade do livre acesso a determinados conteúdos e informações, por se acreditar que estas podem, em tese, ser potencialmente danosas ou ofensivas”. A OAB foi a quinta entidade a entrar como interessada na ação direta, ao lado do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, a ONG Artigo 19 e a Academia Brasileira de Letras, contrapondo-se à Associação Eduardo Banks. O Procure Saber não ingressou no processo.⁶¹⁸

Para o representante e advogado da Associação Nacional dos Editores de Livros, Gustavo Binenbojm, somente seria necessário haver necessidade de autorização prévia no caso de biografias de pessoas anônimas, cujo direito à privacidade é amplamente tutelado, e não no caso de biografias de pessoas públicas ou de pessoas envolvidas em fatos de interesse público⁶¹⁹. Segue a defender, ainda, a ausência de remuneração ao biografado e a seus herdeiros, pois “A historiografia social não é propriedade individual de seu protagonista. Quando escreve uma biografia, é o autor quem concebe a forma de organizar e criar a obra. Os direitos sobre a obra pertencem a ele.”⁶²⁰

<i>Glossário</i>	<i>Jurídico.</i>	Disponível	em:
------------------	------------------	------------	-----

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶¹⁷ OAB Nacional defende liberdade de expressão em biografias. *OAB Notícias*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/26360/oab-nacional-defende-liberdade-de-expressao-em-biografias>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁶¹⁸ GRAGNANI, Juliana. Folha de São Paulo. OAB entra no Supremo a favor das biografias não autorizadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 fev. 2014. Ilustrada. p. E5.

⁶¹⁹ A definição de interesse público é atividade de grande inquietude hermenêutica, dada a sua ampla fluidez tanto no direito público quanto no privado. O artigo 20 do Código Civil traz sopesamento legislativo que, em pequeno grau, define interesse público, ao considerá-lo presente nos fatos ligados à administração da justiça e à manutenção da ordem pública. Em outras palavras, em fatos relacionados à manutenção da paz social, das liberdades individuais e coletivas ou à mera atuação do Estado voltada para a consecução dos princípios fundamentais e dos objetivos da República. Fora das hipóteses legalmente previstas – administração da justiça e manutenção da ordem pública –, entendemos que interesse público se define à luz da personalidade da pessoa retratada – principal “precedência condicionada” a ser ponderada pelo intérprete quando se depara com a colisão da liberdade de expressão e da proteção da esfera privada. Estabelecida a natureza da personalidade da pessoa retratada – pública ou anônima –, a partir da profissão por ela exercida, da função pública por ela ocupada e da exploração comercial que faz de sua imagem, o intérprete passa a aferir outros elementos que tornam lícita a divulgação do fato: o grau de veracidade da informação divulgada, a contextualização do fato, a intenção informativa ou difamatória do comunicador, a sua boa fé do exercício do poder-dever de informar, assim como a licitude da fonte e a proporcionalidade entre os interesses envolvidos (público *versus* particular). O tema será retomado ao longo da pesquisa.

⁶²⁰ GRAGNANI, Juliana. Direito à privacidade divide advogados. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 out. 2013. Ilustrada. p. E3.

Afirma Binenbojm, ainda, que qualquer outra forma de se tutelar a privacidade senão através do direito de resposta e de danos morais por injúria, calúnia ou difamação, seria censura: “Qualquer outro remédio é censura”.⁶²¹ O consentimento prévio dos biografados produzia dois principais efeitos nocivos ao mercado livre de ideias: primeiro, o efeito silenciador, pois condenavam anos de pesquisas sérias e responsáveis dos escritores e historiadores; segundo, produziam o efeito distorcivo decorrente da filtragem de documentos e depoimentos pelo crivo do biografado⁶²².

Neste particular, entendemos que o biografado pode pleitear, extrajudicial ou judicialmente, a participação em percentual do lucro auferido com a venda da obra, o que, na hipótese de não haver consenso entre as partes envolvidas, não impediria a sua publicação e comercialização. A fixação do quanto devido seria matéria de cunho patrimonial a ser arbitrada em eventual ação judicial. Não se quer dizer que o biografado é titular do direito autoral da obra, pois a propriedade intelectual, de fato, pertence ao escritor, ao biógrafo. No entanto, assim como se entende devida a reparação pecuniária pelo uso econômico da imagem da pessoa, é possível reconhecer também a participação pecuniária pela exploração da vida da biografado, o que, a nosso sentir, não se confunde com autorização prévia ou censura.

O Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do julgamento da ADI nº 4815-DF, manifestou-se no sentido de que a interpretação comumente conferida aos artigos 20 e 21 do Código Civil poderia levar à censura prévia no Brasil e que “o homem público é um livro aberto”. O Ministro citou a relevância da biografia não autorizada do ex-ministro da casa civil, José Dirceu, intitulada *Dirceu – A biografia*. “Aquela biografia não autorizada do José Dirceu, por exemplo, não é importante? Nós não precisamos de memória no país?”⁶²³

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em palestra conferida em outubro de 2013 na Conferência Global de Jornalismo Investigativo, também se posicionou contra qualquer tipo de proibição ou censura, defendendo a liberdade de publicação de obras biográficas independentemente de prévio consentimento, pois,

⁶²¹ GRAGNANI, loc. cit.

⁶²² BINENBOJM, Gustavo. Falso Dilema. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 out. 2013.

⁶²³ BRIGÍDIO, Carolina. O homem público é um livro aberto. *O Globo*, Brasília, 18 out. de 2013. Segundo Caderno, p. 03.

segundo ele, não há censura prévia no Brasil. Defendeu, contudo, a imposição de multas pesadas para casos em que a honra ou a privacidade do biografado seja violada: “Quem causar dano deve responder financeiramente”⁶²⁴, concluiu.

O Grupo de Ação Parlamentar Pró-Música (GAP), associação, em que, dentre outros nomes, estão Ivan Lins, Sérgio Ricardo, Fernanda Abreu, Frejat, Leoni, Tim Rescala, Leo Jaime, Dudu Falcão e Mu Carvalho, publicou nota, em 14/10/2013, em uma rede social, declarando-se “contrário à necessidade de autorização para biografias”.⁶²⁵ O GAP, criado em 2003, aliou-se à associação do Procure Saber, com o objetivo de lutar por mudanças na legislação de proteção dos direitos autorais no Brasil, colimando com a sanção da nova lei de gestão coletiva – Lei 12.853 –, sancionada em 14 de agosto de 2013⁶²⁶, que alterou dispositivos da lei geral de direitos autorais – Lei 9.610/98⁶²⁷.

Contudo, as duas associações divergiram publicamente quanto ao tema. Diz a nota publicada pelo GAP: “O GAP esclarece que é a favor da liberdade de expressão e contrário à necessidade de autorização para biografias e à obrigatoriedade de pagamento aos biografados.” E segue a acrescentar a nota: “Ao mesmo tempo, o GAP manifesta sua solidariedade aos integrantes do Procure Saber que receberam ataques, muitas esse de cunho pessoal, desnecessários para a discussão pública do assunto. [...]”⁶²⁸

José Afonso da Silva, ao interpretar o artigo 20 do Código Civil, chama a atenção para o fato de que a referida regra impede, salvo autorização, a divulgação de escritos [...] de uma pessoa [...]. Neste caso, o conteúdo escrito, a que se refere a lei, restringir-se-ia àquele que foi produzido pela própria pessoa. A interpretação da referida regra não impede, portanto, a divulgação de escritos sobre uma pessoa produzida por um terceiro, como ocorre nas biografias. Para o constitucionalista, “A biografia é uma atitude

⁶²⁴ MIRANDA, André; GÓES, Bruno. A batalha das biografias. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 out. 2013. Segundo Caderno, p. 01.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 02.

⁶²⁶ BRASIL. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 15 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶²⁷ BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶²⁸ MIRANDA, op. cit., p. 02.

intelectual livre, que não pode sofrer censura nem restrição nem precisa de licença para ser publicada.”⁶²⁹ Para José Afonso, o artigo 20 protege a propriedade intelectual, a autoria de um escrito – direito autoral –, não atingindo o direito geral de liberdade de outro de escrever sobre quem ou sobre o quê lhe interesse, desde que de forma deliberadamente não ofensiva. Neste particular, discordamos da posição do constitucionalista, pois os direitos autorais não são objeto de proteção do artigo 20 do Código Civil, mas sim regulamentado pela Lei 9.610/98⁶³⁰.

Mário Magalhães, escritor, autor da biografia *Marighella – o Guerrilheiro que Incendiou o Mundo*, publicado pela editora Companhia das Letras, defende que os direitos humanos contemplam, universalmente, o acesso à memória, de sorte que a censura prévia é antidemocrática e consiste em grave crime de lesão à história. E conclui: “Não se constrói uma democracia com biografias “chapa branca”.”⁶³¹

Para o historiador e biógrafo americano, Laurence Bergreen, autor, dentre outros, de livros sobre as vidas de Marco Polo, Al Capone, Louis Armstrong, James Agee e Irving Berlin, nos Estados Unidos as fronteiras entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade são discutidas sempre que um caso novo vem à tona, mas, em geral, o direito de a sociedade ser informada tem precedência. Mas depende do que se está a tratar. Em se tratando de uma pessoa anônima, prevalece o direito à privacidade. Em se tratando de uma pessoa pública, pode-se escrever quase tudo, a menos que se minta intencionalmente. E acrescenta, nos EUA “a verdade é sempre uma defesa”. Assim, se se publica algo constrangedor contra alguém, mas é verdade, nada pode ser feito.⁶³²

Feitas estas observações, devemos analisar o consentimento prévio para biografias como condição para o exercício dos direitos da personalidade à liberdade de

⁶²⁹ SILVA, José Afonso da. O problema das biografias não autorizadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 abr. 2014.

⁶³⁰ BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶³¹ CASTRO JR, Chico. Para Mário Magalhães, ação poderá trazer prejuízos à historiografia brasileira. *A Tarde*, Salvador, 16 out. 2013. p. 04.

⁶³² VICTOR, Fabio. Autor só não pode mentir, diz americano. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 nov. 2013. p. E10.

pensamento, criação, expressão e informação. Justifica-se a exigência de consentimento prévio?

A Constituição Republicana de 88 preconiza que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX) e, mais adiante, traz norma libertária em favor da plena liberdade de informação jornalística, termo sinônimo e equivalente à liberdade de imprensa (art. 220, §§ 1º e 2º, da CF/88)⁶³³, desde que respeitadas, naturalmente, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, da CF/88).

De se notar, pois, que a liberdade de manifestação de pensamento, de informação e de expressão, em sentido genérico, abarca também os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional, sendo todos eles albergados, de alguma maneira, pelo regime de proteção da liberdade de imprensa amplamente tutelada, em especial, após julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/2009, pelo Supremo Tribunal Federal, em 30/04/2009, que, por maioria de votos, concluiu pela não recepção em bloco da Lei de Imprensa – Lei nº 5260/57.⁶³⁴

Nessa toada, sendo as obras biográficas uma forma também de manifestação de pensamento e de expressão em sentido genérico, sujeitam-se elas também à proteção da liberdade de imprensa, enquanto instrumento crítico, histórico e formador de opinião pública, indispensável à construção do regime democrático de um país e da memória cultural de um povo.

⁶³³ 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: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁶³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-DF*, rel. Celso de Melo, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, a “Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. E acrescenta: “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”⁶³⁵

Qualquer proibição que advenha de texto legal expresso ou de interpretação da norma que, abstratamente, sem analisar o conteúdo a ser divulgado, proíba a publicação de obra biográfica, literária, dramática ou audiovisual, equivale, portanto, a ato de censura prévia, defeso pela Constituição Federal.

Não se quer dizer, contudo, que a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento em sentido genérico –, na qual, como visto, se incluem também a liberdade de imprensa, a produção intelectual, artística, científica e comunicacional –, será exercida de forma absoluta e sem limites. A própria Constituição, embora disponha no *caput* do art. 220 que a liberdade de manifestação de pensamento não sofrerá restrição, traz um limite imanente à esta liberdade, ao preconizar que deverá ser observado o quanto disposto no texto constitucional. E quais são estes termos?

Trata-se das disposições do art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV que versam sobre vedação do anonimato, o direito de resposta, o direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, e o direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional.

A grande questão é: quais dos dois blocos de direitos prevalecerá aprioristicamente? Tanto a proteção da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, em sentido genérico, quanto à proteção à privacidade e à intimidade referem-se a direitos da personalidade, cuja concreção reclama o respeito à mais ampla dignidade.

⁶³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-DF*, rel. Celso de Melo, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

A garantir a prevalência da proteção à esfera privada, tolhe-se em absoluto a liberdade de expressão, pois, ao se proibir a publicação de uma obra biográfica, encerra-se a controvérsia. Não há como perquirir sequer o seu conteúdo e avaliar a densidade do grau de violação à esfera privada. Lado outro, a conferir predileção pela proteção da liberdade de informação, assegura-se a ampla liberdade de expressão e de manifestação de pensamento e, ao mesmo tempo, faculta-se perquirir eventuais abusos e responsabilidades civis, administrativas e penais, via de regra, após a publicação da obra e, excepcionalmente, apenas em situações muito evidentes de ilegalidade, em clara e acintosa violação à personalidade da pessoa retratada, através de tutela provisória preventiva – tutela inibitória –, proibindo-se a circulação da obra enquanto não suprimido o trecho controvertido.

Assim, ao ponderar os dois blocos de direitos constitucionais mencionados, ambos voltados à proteção da personalidade humana –, entendemos que proteger, com maior peso, a liberdade de informação revela-se medida mais consentânea aos fins democráticos e à própria proteção da pessoa humana – na medida em que se tutela a coletividade contra abusos do Estado, assegurando o gozo dos “sobredireitos” da personalidade à manifestação de pensamento, à criação e à informação, facultando-se, como já observado, via de regra, após a publicação da obra, cobrar-se civil e penalmente daqueles que desrespeitarem direitos alheios, invadindo, abusivamente, a privacidade e a intimidade.

Esta parece ter sido a intenção do legislador constituinte que conferiu ampla proteção constitucional à comunicação social⁶³⁶, como “segmento prolongador de superiores bens de personalidade que são a mais direta emanção da dignidade da pessoa humana.”⁶³⁷

⁶³⁶ Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29/07/2015.

⁶³⁷ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na ADPF nº 130-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 30/04/2009. Disponível em:

A garantia de pensar e de se manifestar livremente, afastados os abusos que violam direitos alheios, é necessária à análise crítica e à formação da opinião pública, revelando-se sempre como alternativa à versão oficial dos fatos. Trata-se de patrimônio imaterial que traduz o nível de evolução político-cultural de um povo.

O tom da discussão não será, portanto, se a publicação da obra, por si só, é legal ou ilegal, passível ou não de indenização. O tom do debate, cujo termo não põe fim o julgamento da ADI nº 4815-DF, está no grau de reponsabilidade do autor da obra. Haverá uma necessidade permanente de conciliação entre liberdade e a responsabilidade, pois, como bem elucida o Ministro Carlos Ayres Britto: “sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade.”⁶³⁸

A discussão, portanto, ganha novos contornos. Como exercer a manifestação de pensamento e de expressão, escrevendo uma obra biográfica não autorizada, sem, de algum modo, desagradar, chocar, denunciar, terceiros? Como vimos, as biografias modernas, também chamadas de romanceadas ou literárias, possuem características peculiares que as distinguem das biografias antigas ou históricas. Embora se preocupem com a verdade dos fatos, utilizam-se de recursos de gêneros como a ficção e o romance, construindo relatos da vida a partir de subjetivação, adjetivação e análises críticas de fatos tanto das esferas pública quanto privada.

Associar o biografado ou terceiros a determinados fatos que direta ou indiretamente lhe imputem defeitos ou características a ele não apazíveis não consiste em abuso do direito de informar. A tolerabilidade do biografado e de seus familiares há de ser ampliada, pois, embora críticas sejam bem aceitas por poucos, não são elas condutas ilegais, muito pelo contrário – concorde ou não com o seu teor –, são formadoras da opinião pública.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁶³⁸ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na ADPF nº 130-DF. Ibid.

A veracidade da informação consiste, nesta discussão, em importante vetor de legalidade. Não que se queira exigir daquele que divulga uma informação um dogmatismo de verdade – vale observar –, até mesmo porque a sua comprovação, em muitos casos, torna-se prejudicada, seja pelo decurso do tempo ou pelo sigilo da fonte, constitucionalmente protegido. Desde que não haja a deliberada intenção de ridicularizar e ofender o próximo, através do excesso de linguagem, desvirtuando-se da real intenção de informar, não há falar em abuso tampouco em responsabilidade civil pelas narrativas biográficas.⁶³⁹ Não olvidamos, contudo, para o fato de que doutrina e jurisprudência comumente têm flexibilidade os elementos do ato ilícito, gerando o que se tem chamado de erosão dos filtros da responsabilidade civil⁶⁴⁰, de sorte a relativizar o nexos de causalidade entre dano e conduta, e mitigar a necessidade de comprovação do elemento subjetivo (culpa ou dolo) e do próprio dano que, em muitos casos, é considerado *in re ipsa*⁶⁴¹. No particular das biografias, a intenção do biógrafo não poderia ser mitigada, sendo ela importante vetor da responsabilidade civil.

⁶³⁹ Sobre a necessidade de se aferir a intenção informativa ou difamatória da publicação, conferir BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Cível nº 20120111811900*, rel. Flávio Rostirola, j. 10/06/2015, 3º Turma. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199130706/apelacao-civel-apc-20120111811900>>. Acesso em: 10 nov. 2015. Ementa: CIVIL. INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DANO À HONRA E À IMAGEM. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA DE PRISÃO PREVENTIVA EM PROGRAMA TELEVISIVO. INTENÇÃO DE OFENSA. AUSÊNCIA. CARÁTER INFORMATIVO DA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Os direitos de liberdade de manifestação do pensamento e informação, bem assim o da preservação da intimidade, privacidade e honra, devem co-existir harmonicamente, respeitada a proporção de seu exercício, de forma a não caracterizar injustificado endurecimento contra a imprensa – censura – e, por outro, o desrespeito à dignidade da pessoa humana. 2. Deve o magistrado, nessa hipótese, realizar o juízo de ponderação dos valores constitucionalmente em conflito, de forma a propiciar a solução mais justa e razoável para o caso concreto. 3. A reportagem em tela não excede seu propósito informativo. Aliás, quando o jornalista utiliza a expressão “acusado” nada afirma, mas enseja, apenas, a reflexão do telespectador. Restringe-se à divulgação de informações que logrou êxito em apurar. Relata, apenas, a prisão preventiva de acusado da prática de crime contra a dignidade sexual, sem a intenção de ofender o Autor. 4. Negou-se provimento ao apelo.

⁶⁴⁰ O tema será retomado nesta pesquisa no item 5.2.5.2.1 ao tratarmos da reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais, notadamente o direito de resposta e a retratação pública. Para maior aprofundamento sobre o tema, conferir SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶⁴¹ Dano presumido, isto é, que não necessita ser provado ou que “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de modo que demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83. Nesse sentido, conferir BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 133.7961/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/04/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138068/recurso-especial-resp-1337961-rj-2011-0228795-5-stj>>. Acesso em: 10 nov. 2015. Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM APÓS A EXTINTO CONTRATO DE CESSÃO DE USO. DANO MORAL IN RE IPSA. ARTIGOS ANALISADOS: 11, 20 E 398 DO CC. 1. Ação de reparação de danos materiais cumulada com compensação por danos morais ajuizada em 14/2/2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 13/8/2012. 2. Demanda em que se discute a existência de dano moral puro decorrente da utilização de imagem com fins comerciais após a extinção de contrato de cessão

Dito isto, o consentimento torna-se, pois, irrelevante para as biografias, posto que o que ganha novos contornos na atualidade é a tênue linha que separa o conteúdo da informação lícita do conteúdo da informação ilícita, cuja divulgação pode ensejar a proteção jurídica do direito de resposta, da retificação, da justificação ou da supressão de trecho publicado e da reparação civil, via de regra em momento posterior à divulgação do conteúdo questionado, e, excepcionalmente, em situações específicas de evidente ilegalidade, mediante tutela provisória preventiva – tutela inibitória⁶⁴².

5.3.1 Paradigmas interpretativos dos artigos 17, 20 e 21 do Código Civil: a posição de preferência (*preferred position*) do STF

A investigação, neste ponto, avança e merece se debruçar sobre a redação dos artigos 17, 20 e 21 do Código Civil para que se possam extrair os paradigmas interpretativos que se adequem à solução da problemática das biografias não autorizadas e investigar se há, atualmente, no Supremo Tribunal Federal uma posição de preferência (*preferred position*) entre a proteção dos direitos da personalidade à comunicação social e os também direitos da personalidade à proteção da privacidade.

De se ver que os conflitos entre o direito à informação, em sentido amplo, e a proteção da privacidade, notadamente de pessoas públicas, tornam-se cada vez mais latentes. As redações dos artigos 17, 20 e 21 do CC/02 não foram muito felizes, pois apresentam sérias lacunas⁶⁴³ que mereceram e merecem ser colmatadas pela interpretação. O Código Civil traz regulamentação tímida sobre os limites do exercício do direito à informação quando em conflito com a proteção à imagem, ao dispor, nos artigos 17 e 20, que:

em razão do advento do termo contratual. 3. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. 4. A violação do direito à imagem, decorrente de sua utilização para fins comerciais sem a prévia autorização, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado (Súmula 403/STJ). 5. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros de mora contam-se desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ, sejam os danos materiais ou morais. 6. Recurso especial provido.

⁶⁴² O tem será retomado no tópico 5.2.5 – A tutela processual dos direitos da personalidade.

⁶⁴³ BOBBIO, 2010, p. 271. Bobbio associa a ideia de lacuna à de completude, pois “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso, sendo a ausência de uma norma para cada caso, o que de acostumou chamar de “lacuna”, de sorte que “lacuna” significa “ausência de completude”.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 20 Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

No artigo 17, o legislador buscou proteger a personalidade humana (privacidade, intimidade, honra e imagem), proibindo o emprego em publicações de conteúdo que exponha alguém a desprezo público, ainda que ausente o elemento subjetivo de difamar (*animus difamandi*). A regra, abstratamente posta, limita demasiadamente a liberdade de expressão e de imprensa, pois, acaso interpretada literalmente, impede a divulgação de qualquer obra literária, matéria jornalística ou comentário crítico sobre outro, ainda que dotado de veracidade, com interesse público e com finalidade informativa.

Nesse caminho, a jurisprudência nacional, por vezes, proferiu decretos condenatórios contra jornalistas e meios de comunicação em geral – editoras e jornais –, pela publicação de matérias de cunho investigativo por violação à honra e à imagem das pessoas retratadas, ainda que em se tratando de pessoa pública, é dizer, agente público sujeito à fiscalização social mais gravosa⁶⁴⁴.

Visando complementar a regra do artigo 17 e trazer as hipóteses que autorizariam a divulgação de informações que, de alguma forma, exponha o sujeito ao desprezo público, o legislador, no artigo 20 do Código Civil, decidiu, abstratamente, conferir predileção ao direito à informação em detrimento da proteção à imagem sempre que a informação divulgada for de interesse da administração da justiça ou necessária à manutenção da ordem pública, ainda que cause danos à pessoa. Houve, portanto, um sopesamento legislativo em favor do dito direito da personalidade à comunicação social.

⁶⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação cível n° 71004352407 RS*, rel. Min. Cleber Augusto Tonial, j. 24/07/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113054135/recurso-civil-71004352407-rs>>. Acesso em: 10 nov. 2015. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO. LIMITES. VIOLAÇÃO DA HONRA E DA IMAGEM DA PESSOA. DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. Ainda que a vítima seja pessoa que exerça função pública, estando naturalmente sujeito às críticas, a notícia ou a opinião tornada pública a seu respeito, quando imputa a prática de crime ou conduta desonrosa, ilegal ou ilícita, necessita estar estritamente amparada nos fatos. Configurado excesso no uso do direito de livremente informar, posto que clara a intenção de atingir a pessoa do recorrente. RECURSO PROVIDO.

Por administração da justiça, entende-se toda atividade necessária à prestação jurisdicional, incluindo-se práticas tanto da sociedade civil quanto do Poder Público. Assim, tanto as atividades ligadas ao aparelhamento das instituições do Estado⁶⁴⁵, como também o respeito às liberdades, dentre elas, a liberdade de imprensa, estarão dentro desta acepção de administração e alcance da justiça.

Manutenção da ordem pública, por sua vez, refere-se ao estado de paz social, de tranquilidade, de respeito à incolumidade das pessoas e do seu patrimônio, que permita o convívio harmônico sem interferências injustificadas do Estado ou do particular na vida dos seus semelhantes. A ordem pública, portanto, é indispensável para o alcance dos próprios fundamentos da República⁶⁴⁶ e dos seus objetivos⁶⁴⁷.

Trata-se, a título de exemplo, de matéria jornalística, escrita ou audiovisual, que, com finalidade informativa e não de deliberadamente ofender a pessoa, retrata, de forma atual e contextualizada, a prática ou a investigação de um crime, apontando, se for o caso, para os suspeitos, quando presentes provas ou indícios de envolvimento obtidos através de órgãos de investigação do Estado ou da própria sociedade.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Neste ponto, vale fazer referência à ideia de Justiça trazida pela Teoria do Institucionalismo Transcendental, iniciada no Iluminismo por Hobbes e desenvolvida por Locke, Rousseau e Kant, segundo a qual a concretização da justiça passa pela escolha de um conjunto perfeito de instituições. Nesse sentido, conferir SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 55. “[...]esse tipo de discussão sobre a melhoria da justiça, em geral, e do alargamento da justiça global, em particular, pareceria mera “conversa fiada” para aqueles que estão convencidos, pela alegação hobbesiana — e rawlsiana —, de que necessitamos de um Estado soberano para aplicar os princípios de justiça através da escolha de um conjunto perfeito de instituições: essa é uma implicação direta da consideração de questões de justiça dentro da estrutura do institucionalismo transcendental.”

⁶⁴⁶ Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁶⁴⁷ Art. 3º da CF/88: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial*. STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 584036 RS 2014/0214576-4, rel. Marco Buzzi, j. 16/06/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201854654/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-arep-584036-rs-2014-0214576-4>>. Acesso em: 31 jul. 2015. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA EXIBIÇÃO DO NOME E DA IMAGEM DE SERVIDORA PÚBLICA EM MATÉRIA JORNALÍSTICA INFUNDADA ALUDINDO À PRÁTICA DE NEPOTISMO - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA RÉ. 1. Violação do artigo 535 do CPC

Outra hipótese fática que também se interpreta como administração da justiça ou manutenção da ordem pública refere-se, por exemplo, a uma obra literária que retrate fatos ocorridos na ditadura militar no Brasil, ainda que cite, com base em provas ou meras evidências, nomes de pessoas supostamente envolvidas na prática de atos de violência contra pessoa – à época tidos como legais –, e ainda que tais informações, direta ou indiretamente, macule a honra ou a imagem da pessoa ou de seus familiares.

Assim, a solução para a colisão do direito à imagem, à honra, e a liberdade de expressão em sentido genérico, dentre elas a de imprensa e de manifestação de pensamento, quando se tratar de fato de interesse da administração da justiça e da manutenção da ordem pública – ambas tidas como cláusulas gerais –, não demandará maiores esforços do intérprete, pois concretizará as referidas cláusulas gerais através de processo de subsunção do fato às regras dos artigos 17 e 20 do Código Civil. Não há falar em ponderação judicial, pois já o fora feito na via legislativa⁶⁴⁹.

A norma do artigo 20 do Código Civil, no entanto, não é capaz de solucionar diversas outras situações fáticas que demandam uma interpretação para colmatar as lacunas existentes. É o caso das informações ligadas à esfera privada de pessoas, cujos relatos de vida se tornaram de interesse público ou de interesse do público. São as hipóteses do político que manteve uma relação extraconjugal; do esportista que se envolveu em um escândalo com uma garota de programa ou um travesti; de um programa de TV ou de uma peça de teatro que reconstituem crime de comoção nacional, envolvendo, inclusive, em alguns casos, crianças e adolescentes; ou, por fim, objeto desta investigação, do

não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada. 2. Indenização por danos morais em razão de matéria jornalística infundada. 2.1. Consoante cedição nesta Corte, inexistente ofensa à honra e imagem dos cidadãos quando, no exercício do direito fundamental de liberdade de imprensa, há divulgação de informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito, mormente quando exercida em atividade investigativa e consubstanciar interesse público. Precedentes. 2.2. Acórdão estadual assinalando que, no caso concreto, a ponderação entre a liberdade de expressão e a proteção à imagem revela, "de forma flagrante, os excessos praticados pela ré na veiculação da matéria jornalística, exibindo o nome e a imagem da autora em denúncia sobre a prática de nepotismo, sem, contudo, amparar-se em qualquer demonstração segura da ocorrência de tal prática". Necessária a incursão no acervo fático probatório dos autos para suplantar tal cognição. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 10.000, 00 (dez mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido.

⁶⁴⁹ Sobre concretização de cláusulas gerais, conferir CHAPP, Jan. A concretização das cláusulas gerais pelo juiz a partir do exemplo da ofensa aos bons costumes na fiança prestada por parentes próximos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, n. 99, maio/jun. 2015.

biógrafo que, sem autorização, retrata a vida de um cantor, de um compositor, de um político ou mesmo de um autor ou vítima de um crime que gerou clamor popular, debruçando-se nos detalhes de sua vida profissional e pessoal.

É evidente que as situações concretas acima narradas não se encaixam na acepção de administração da justiça tampouco da manutenção da ordem pública. Referem-se, é bem verdade, a uma zona cinzenta que separa o interesse público – histórico, cultural –, da mera curiosidade coletiva, do deleite pessoal pela identificação no outro.

E é bem aqui que se instala a grande controvérsia posta ao intérprete, sobremaneira em demandas individuais, quanto a estabelecer a linha que separa a manifestação de pensamento lícito e o seu abuso, passível de direito de resposta, de retificação, de supressão e de reparação civil, o que, aliás, como veremos, não se encerrou com o julgamento pelo STF da ADI 4815-DF.

A redação do artigo 21 do Código Civil também se revela insuficiente à solução da controvérsia, pois confere à vida privada, tida como inviolável, salvo, à evidência, pelas exceções trazidas no artigo 20 – administração de justiça e manutenção da ordem pública –, proteção para, a requerimento, determinar-se, judicialmente, as medidas necessárias a impedir ou cessar eventual violação à personalidade. É sobre o que dispõe a referida regra jurídica:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Comumente, interpretaram-se os artigos 17, 20 e 21 do Código Civil, em especial, nos juízos de 1º grau⁶⁵⁰, no sentido de que qualquer forma de comunicação social – escrito, audiovisual, dramatúrgico –, que, de alguma forma, divulgasse, transmitisse ou

⁶⁵⁰ Como visto, a lista, não exaustiva, de obras suspensas ou interrompidas, ainda que temporariamente, por decisão judicial sumária ou exauriente de mérito, ou que assim fora tentada, é assaz extensa: *Estrela Solidária: um brasileiro chamado Garrincha*, Roberto Carlos em detalhes, João Gilberto; Nike CBF; Noel Rosa – Uma biografia; Edifício Londo; Isabella; A Morte de Isabella Nardoni; O Voo da Esperança; Lampião, o Mata Sete; Sinfonia Minas Gerais – A vida e a Literatura de João Guimarães Rosa; Paulo Leminski - O Bandido que Sabia Latim; Memórias de um Trader - A História Vivida do Comércio Exterior Brasileiro nas Décadas de 70 e 80; A Surdez das Empresas, Gilded Lily: Lily Safra: The Making of One of the World's Wealthiest Widows; A História que o Brasil Desconhece; Usina da Injustiça; O Mapa da Corrupção no Governo FHC; A Descentralização no Banco dos Réus; A História de seu Lunga, o Homem mais Zangado do Mundo; Músicas, Ídolos e Poder.

publicasse fato não relacionado à administração da justiça e à manutenção da ordem pública, que atingisse a honra ou a imagem da pessoa retratada, poderia se proibida judicialmente a seu requerimento, sem prejuízo de eventual indenização. A solução interpretativa conferia maior proteção à personalidade humana – honra, imagem, privacidade – do retratado, de forma apriorística, geral e abstrata, como forma de tutelar a dignidade humana, em detrimento aos também direitos da personalidade à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão.

E, com esta interpretação, o Poder Judiciário proibiu, suspendeu e interrompeu, ainda que temporariamente, a publicação e a comercialização de inúmeras obras biográficas – muitas delas já detalhadas em tópico acima – e de diversas outras publicações nas mais diversas formas de comunicação social – jornais, impressos e digitais, áudio-sonoro e televisivo.

Embora não seja possível trazer nesta investigação os dados empíricos de todos os processos judiciais tramitados no Brasil sobre biografias não autorizadas, em que foram proferidas decisões determinando, de alguma maneira, a sua proibição ou a suspensão da obra – o que, aliás, não é o objetivo central desta pesquisa –, é possível afirmar que a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, no sentido de impedir, abstratamente, a publicação da obra pela ausência de consentimento, era paradigmática, primeiro pelo excessivo número de casos já supramencionados, e, segundo, pelo próprio ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4815-DF) – cujo objetivo central é pacificar controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, com efeitos abstratos, no sentido de conferir, pela força normativa dos precedentes, segurança jurídica às relações sociais –, e, neste particular, declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ora tida como paradigma.

Os escritores e editoras temiam o risco da mera publicação desautorizada, de modo que ou buscavam um acordo com o biografado, autorizando a supressão de trechos não quistos⁶⁵¹, ou conferiam participação no resultado econômico da venda da obra⁶⁵², ou,

⁶⁵¹ BARRUCHO, Luís Guilherme. Conheça casos polêmicos de biografias não autorizadas. *BBC Brasil*, São Paulo, 10 jun. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150609_biografias_polemicas_lgb>. Acesso em: 27

simplesmente, recuavam no projeto, não obstante os inúmeros anos de pesquisa: viagens, entrevistas e leituras.

O gênero biográfico no Brasil passou, então, por risco de banimento, pois nem editoras tampouco escritores compravam brigas contra os biografados, que, na maioria das vezes, muito bem assessorados juridicamente, almejavam reparações econômicas demasiadamente vultosas que sequer seriam cobertas pelas vendas das obras, as quais, diferentemente do que sustentava o grupo Procure Saber, atingiam cifras razoáveis compatíveis com os custos da sua criação,⁶⁵³ insuficiente, economicamente, para suportar pesadas condenações.

A interpretação nos parece equivocada e não consentânea com a Constituição Federal de 1988, porquanto não se debruça sobre as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto para, realizando um juízo de ponderação⁶⁵⁴, estabelecer uma harmonia entre ambos os direitos fundamentais. Não custa lembrar que, diante de uma colisão de princípios, não haverá a ab-rogação (total) ou a derrogação (parcial) de um deles do ordenamento jurídico, mas apenas o seu afastamento no caso concreto.

Em sendo assim, é perfeitamente possível que a solução conferida a um caso concreto não seja a mais adequada a outro, pois houve simplesmente alteração de circunstâncias

jul. 2015. *Jogo Duro – A história de João Avelange*. escrita pelo professor e jornalista Ernesto Rodrigues. A biografia, que retrata a vida do ex-presidente da Fifa entre 1974 e 1988, foi publicada em 2007 com trechos omitidos pelo ex-chefe da Fifa. O escritor lamentou não ter podido escrever o livro da forma como gostaria.

⁶⁵² COZER, Raquel; MACHADO, Cassiano Elek. Ruy Costa diz que pagaria “dízimo” para escrever sem censura. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 out. 2013. p. E5.

⁶⁵³ CASTRO JÚNIOR. Para Mário Magalhães, ação poderá trazer prejuízos à historiografia brasileira. *A Tarde*, Salvador, 16 out. 2013. p. 04. Para o autor da biografia *Marighella – o Guerrilheiro que Incendiou o Mundo*, publicado pela editora Companhia das Letras, as biografias não rendem um resultado econômico que justifique tanta gente nelas interessada, pelo que afirma: “Ao todo já saíram 30 mil exemplares [...]. Somando os direitos autorais a que tive direito e a remuneração que receberei pela cessão para o cinema, o valor representa nanicos 15% do total dos salários que eu abri mão ao me despedir do jornal. Voluntariamente, perdi ou deixei de ganhar 85 em cada 100 reais”.

⁶⁵⁴ A ponderação consiste em técnica de interpretação judicial que visa harmonizar a colisão de normas *prima facie*, a partir de circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, não derrogar um direito em face de outro igualmente relevante constitucionalmente. A ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. A ponderação passa por três etapas interpretativas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Nesse sentido, conferir, BARROSO, Luís. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. tomo III. Rio de Janeiro: Renovar 2005. p. 79-129.

fáticas. Em outras palavras, pode ocorrer de a proibição de publicação de uma obra biográfica não ser a melhor solução à uma outra obra biográfica, pois possuem elas conteúdos bem diferentes entre si.

Hipoteticamente, na primeira biografia, o biógrafo relata fatos inverídicos, descontextualizados, um discurso de ataque, beirando o discurso de ódio, dotado de extrema carga valorativa, afastando-se, inclusive, de sua finalidade informativa e aproximando-se de um intuito difamatório. Neste caso, não se trata de mera crítica – instrumento necessário para se conhecer uma versão não oficial de fatos e para formar a opinião pública. Neste particular, a proibição de publicação, a suspensão, a interrupção da circulação das obras – enquanto medidas cautelares –, e o direito de resposta e a indenização pelo dano moral – enquanto medidas finais de mérito –, mostram-se medidas adequadas para se proteger a personalidade de qualquer pessoa, seja ela pública ou anônima, e, em última análise, a dignidade da pessoa humana, nos limites assegurados pela Constituição Republicana.

Lado outro, na segunda biografia hipotética, o biógrafo realiza densa pesquisa em documentos de arquivos públicos e privados, na *Internet*, entrevistas, leituras, viagens – sem se utilizar de meios ilícitos para acessar e obter tais informações, tais como invasão de domicílio ou violação de correspondências pessoais –, interpreta fatos e constrói uma obra não autorizada. Ainda que nesta obra contenham informações da vida profissional e pessoal da pessoa pública, com caráter crítico desfavorável e com avaliações boas e ruins de suas características pessoais, desde que escrito de forma responsável, ou seja, com finalidade informativa, e não deliberadamente difamatória, não há falar em abuso do poder-dever de informar, logo, em proibição da obra.

Veja que a mesma regra (enunciado normativo) produziu duas normas⁶⁵⁵ distintas diante de fatos também distintos.

⁶⁵⁵ ALEXY, 2013, p. 53-54. Alexy diferencia norma de enunciado normativo. Para o constitucionalista, uma norma é o significado de um enunciado normativo, pelo que afirma: “A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, a norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa, ao invés de por meio de (1) “Nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16, § 2º, I, da Constituição alemã), por exemplo, por meio de (1’) É proibido extraditar alemães. Ou (1’’) Alemães não podem ser extraditados [...] ou (1’’) Alemães não serão extraditados. Nesse mesmo sentido, conferir BARROSO, Luís. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 216-217.

A interpretação paradigma dos artigos 20 e 21 do Código Civil, objeto, aliás, da ADI 4815-DF, como se verá, representa um “cálice” ou, seria um “cale-se”⁶⁵⁶ de biógrafos que se encontram alijados de retratar fatos necessários ao conhecimento da história e à memória cultural de um povo. A reafirmação da proteção dos direitos da personalidade, tanto nas relações entre cidadão e Estado quanto entre atores privados, não há de justificar o aniquilamento da liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento.

Como se poderia conhecer a história do Brasil e do mundo se a todos os escritores, historiadores, biógrafos, fossem requisitadas autorizações para a publicação de suas obras? Como se conheceriam os erros e acertos do passado para avançar e se desenvolver? A história é feita de personagens reais, com virtudes e defeitos, os quais também devem ser conhecidos. A autonomia individual, enquanto capacidade que têm as pessoas para se autodeterminar, livres de influências externas que as controlem⁶⁵⁷; enquanto poder de decisão e de ter suas opiniões respeitadas desde que não prejudiquem a autonomia e os direitos de terceiros, para ser alcançada, depende da liberdade de expressão.⁶⁵⁸ Como se dissociar autonomia de liberdade de expressão?

E mais. A controvérsia se ampliou, pois interpretações extensivas quanto à norma proibitiva dos artigos 20 e 21 permitiram impedir, inclusive, a divulgação de matérias jornalísticas que envolvessem, tão somente, o tema em questão, de forma secundária. Dito em outras palavras, as decisões judiciais não proibiam apenas a obra em si, mas também matérias de cunho jornalístico ou meramente opinativo que tratassem sobre o fato ou seus efeitos. Por esta razão, foram ajuizadas Reclamações Constitucionais,

⁶⁵⁶ A expressão refere-se à letra da música intitulada Cálice de autoria de Chico Buarque, censurada em 1973 e lançada em 1978, no auge do regime ditatorial no Brasil.

⁶⁵⁷ FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

⁶⁵⁸ Doutrinariamente, costuma-se distinguir autonomia jurídica individual, de autonomia da vontade e de autonomia privada. Autonomia jurídica individual é sinônimo de liberdade jurídica; agir licitamente; fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Autonomia de vontade consiste na manifestação livre e incondicionada de vontade, manifestada em negócios jurídicos calcados no liberalismo individual burguês, quase que absoluta, com limitações mínimas da lei, da ordem pública, da moral e dos bons costumes, desassociada na noção de dignidade da pessoa. Autonomia privada, por sua vez, é o poder de autodeterminação e de manifestação de vontade, influenciada por valores constitucionais contemporâneos e cláusulas gerais de valorização do homem, para a prática de atos jurídicos (sentido estrito) e negócios jurídicos, cujo exercício é limitado pelo dever de proteção do Estado, pela lei, por normas de ordem pública (normas-regras e normas princípios), pela moral e pelos bons costumes. Busca-se atingir a igualdade material, substancial, econômica e social, em detrimento da igualdade meramente formal, jurídica. Nesse sentido, conferir., BORGES, 2007.

dentre elas a *Reclamação 18638/CE*⁶⁵⁹, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, e a *Reclamação n° 18836/GO*⁶⁶⁰, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por violação à liberdade de imprensa e, em última análise, à decisão proferida, em controle abstrato, na ADPF n° 130-DF.

Na *Reclamação n° 18638/CE*, tratou-se de caso em que o Juízo da 4° Vara Cível do Foro Regional de Santana, da Comarca de São Paulo/SP, nos autos do processo n° 0007919.86.2013.8.26.0001, proferiu decisão cautelar que proibiu a veiculação de matéria jornalística publicada pela revista eletrônica *Conjur* sobre o resultado de um litígio judicial envolvendo uma peça teatral e uma obra “biográfica” da menina Isabella, morta pelo pai e pela madrasta em 2008.⁶⁶¹

Aqui, abrem-se aspas na palavra biográfica, pois a peça teatral não retratava a vida pessoal da família Nardoni tampouco de menina Isabela, mas se utilizava de fatos e contextos semelhantes, fazendo referência ao lançamento pela janela de uma boneca decapitada. O livro, no mesmo sentido, não era biográfico, mas transcrevia a peça relatada.

⁶⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n° 18638/CE*, rel. Roberto Barroso, j. 17/09/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25272525/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18638-ce-stf>>. Acesso em: 03 ago. /2015. EMENTA: RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. CENSURA PRÉVIA A VEÍCULO DE IMPRENSA. INADMISSIBILIDADE.

⁶⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n° 18836/GO*, rel. Celso de Mello, j.: 13/02/2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178727673/reclamacao-rcl-18836-go-goias-9999216-7020141000000>>. Acesso em: 03 ago. 2015. EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF. EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS (INCLUSIVE DE JORNALISTAS) QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. JORNALISMO DIGITAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA, PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DESAUTORIZAM A UTILIZAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DO PODER GERAL DE CAUTELA COMO INSTRUMENTO DE INTERDIÇÃO CENSÓRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, MESMO EM AMBIENTES VIRTUAIS (“blogs”). RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

⁶⁶¹ LUCHETE, Felipe. Direitos da personalidade. Mãe de Isabella Nardoni será indenizada por peça baseada em morte da filha. *Consultor Jurídico*, 2 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-02/mae-isabella-nardoni-indenizada-peca-filha>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

Na ação nº 0007919.86.2013.8.26.0001, a mãe de Isabella Nardoni requereu em face da Editora Coruja, responsável pela publicação da obra literária, e em face do grupo Satyros, responsável pela criação e edição da peça intitulada *Edifício London*, tutela inibitória liminar – obtida judicialmente –, para impedir a circulação do livro e a apresentação da peça. Ao final do processo, condenou-se a Editora Coruja a pagar indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à requerente. Em síntese, estes foram os termos da matéria publicada.⁶⁶²

Em decisão incidental proferida nos autos da ação nº 0007919.86.2013.8.26.0001, sem sequer haver requerimento da parte, o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo, com base no poder geral de cautela do artigo 125 do CPC, determinou a retirada da referida notícia do *site* do *Conjur* – que, aliás, não figurava como parte no processo judicial –, sobre a condenação proferida nos autos referenciados e os fatos nele envolvidos, sob pena de incidência de multa cominatória de R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento.

O *site Conjur* ajuizou *Reclamação Constitucional nº 18836/GO*, com pedido de medida cautelar, junto ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a suspensão dos efeitos da decisão por violação à decisão da Corte proferida na ADPF nº 130. Na referida Reclamação, o Ministro Celso de Melo, então relator, proferiu decisão, em que deferiu medida cautelar vindicada, para suspender a eficácia da decisão proferida, autorizando a reinclusão da notícia e a normal veiculação de matéria jornalística sobre o tema censurado, afastando a incidência da multa cominatória diária imposta, ainda que se tratasse, no caso em tela, de processo sujeito a segredo de justiça.

⁶⁶² Trecho da decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo nos autos do processo nº 0007919.86.2013.8.26.0001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25265676/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18566-sp-stf>>. Acesso em: 03 ago. 2015. “ [...] Chegou ao meu conhecimento na presente data, porque constante da ‘intranet’ do Egrégio Tribunal de Justiça, que fora publicado matéria sobre o presente feito pelo Consultor Jurídico (‘www.conjur.com.br’), mesmo estando o feito sob SEGREDO DE JUSTIÇA (artigos 5º, inciso LX da Constituição Federal e 155 do Código de Processo Civil). Diante disso, com lastro no artigo 125 do Código de Processo Civil, determino a imediata expedição de mandado de intimação ao Consultor Jurídico (a ser cumprido no PLANTÃO) INTIMANDO-O para retirar da ‘internet’ a referida notícia, sob pena de incidência de multa cominatória de R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento. Concedo prazo de 24 horas contados da intimação para cumprimento da medida. EXPEÇA-SE MANDADO URGENTE.()”

No seu voto, o Ministro relator Celso de Melo ressaltou que jurisdição cautelar por magistrados e tribunais não pode se converter em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade de expressão e de comunicação, sob pena do poder geral de cautela se qualificar, perigosamente, como o novo nome da censura estatal no país.⁶⁶³ Neste particular, consideramos acertada a decisão da Suprema Corte ao acolher os pedidos das Reclamações Constitucionais mencionadas. A tutela provisória preventiva – cautelar ou satisfativa (antecipação de tutela), que tenha por objetivo suspender ou impedir o exercício do direito de informar, há se ser vista com cautela, devendo ser admitida apenas em casos específicos quando evidente a ilegalidade consistente no abuso do poder-dever de informar, seja em razão da comprovação de ser a informação inverídica, da sua obtenção pelo emprego de meios ilegais ou da intenção deliberadamente difamatória.

De se ver que a proteção da personalidade humana – privacidade, intimidade, honra e imagem –, movimenta-se na jurisprudência como um pêndulo, variando de acordo com as necessidades e os anseios sociais de sua época. Sem conseguir, contudo, se desvencilhar da proteção patrimonial civilista, o que, aliás, suscitou, no século XIX, diversas críticas sobre a própria autonomia dos direitos da personalidade, dada a sua incompatibilidade com a noção de direito subjetivo⁶⁶⁴ e sua assaz aproximação com a proteção do domicílio e da propriedade⁶⁶⁵, a interpretação conferida aos artigos 20 e 21,

⁶⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional* nº 18566/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.12/09/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25265676/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18566-sp-stf>>. Acesso em: 03 ago.2015. Ementa: RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF. EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. JORNALISMO DIGITAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO RECLAMATÓRIA E OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DE PERICULUM IN MORA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

⁶⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Parecer que instrui a petição inicial da ANEL na ADI 4815-DF*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2015.

⁶⁶⁵ DONEDA, 2006, p. 7 et seq.

limitadora da liberdade de informação e de imprensa, trouxe ainda esta importante carga patrimonialista.

Em sentido contrário, Silmara Chinelato afirma que o pêndulo, em democracias novas, volta-se sobremaneira para a tutela da liberdade de expressão e que, em democracias maduras, este pêndulo já retornou ao seu ponto de equilíbrio, na medida em que se respeitam os direitos da personalidade sem que discursos politicamente corretos em prol da liberdade de informação reverberem com proeminência.⁶⁶⁶

Não por outra razão, um dos principais objetivos do Grupo Procure Saber é a participação no resultado econômico da comercialização de obras biográficas pelos biografados ou seus familiares, na hipótese de biografias *post-mortem*. Ricardo Duarte Guimarães destaca o caráter lucrativo das obras biográficas na atualidade:

A obra biográfica alcançou a condição de produto financeiramente lucrativo e, com isso, o papel que lhe cabe já não é somente aquele de sua construção histórica/conceitual. O “papel”, agora, também é outro: monetário. O aspecto comercial está diretamente ligado a essa nova era da produção biográfica. O indivíduo retratado converteu-se em marca e o autor, a “alma do negócio”. Portanto, a biografia se tornou sinônimo de lucratividade na indústria cultural. Não deixou de cumprir seu papel social, mas outro “papel” (dinheiro) também não pode deixar de ser considerado, uma vez que é, hoje, válvula propulsora deste tipo de produção.⁶⁶⁷

De fato, a participação do biógrafo ou de seus familiares no resultado econômico decorrente da comercialização de obras biográficas é legítimo. Não se trata aqui de reconhecer ao biógrafo qualquer direito à autoralidade da obra, pois este, a evidência, pertence ao seu criador, ao biógrafo. Trata-se de reconhecer o direito patrimonial decorrente da exploração de sua imagem, tal como já se reconhece unanimemente na nos casos de exploração econômica da imagem de outrem.

Há de se observar, no entanto, que a ausência de consenso entre as partes – biógrafo e editora *versus* biografado ou familiares –, quanto ao percentual do benefício patrimonial

⁶⁶⁶ CHINELATO, Silmara. Comentário realizado durante a avaliação de dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia por GUIMARÃES, Ricardo Duarte. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015.

⁶⁶⁷ GUIMARÃES, Ricardo Duarte. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas*. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 40.

decorrente da comercialização da obra não é empecilho para a sua publicação. Como já sinalizado nesta investigação, na hipótese de não haver acordo entre as partes sobre o benefício econômico de cada um dos envolvidos, tal pretensão será levada à apreciação do Poder Judiciário, sendo tal controvérsia de cunho essencialmente patrimonial, de caráter não urgente, pelo que não justifica qualquer tutela inibitória que suspenda a circulação da obra.

A proposta ora apresentada não infirma a construção da personalidade humana, livre de adjetivações, estimas e ofensas injustificadas que, com efeito, reclama do Estado um dever de proteção, seja no campo legislativo ou no campo da interpretação, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

A proposta do problema, a nosso ver, equaciona os direitos da liberdade de expressão, em sentido amplo, e a proteção da esfera privada da pessoa humana, que, como todo direito *prima facie* –, merece limites impostos por critérios objetivos de interpretação, tanto na via legislativa (sopesamento legislativo) quanto, na sua omissão⁶⁶⁸, pela via judicial (sopesamento judicial ou ponderação). Nesse sentido, a proibição meramente abstrata, tal como se tem aplicado à ausência de consentimento de biografias, implica censura não albergada pela Constituição Republicana.

A professora Silmara Chinelato, em audiência pública realizada pelo STF para discutir o tema biografias não autorizadas, representando a Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional de São Paulo (OAB/SP), afirmou que o Supremo Tribunal Federal não teria estabelecido uma visão de prevalência em favor nem do princípio da liberdade de expressão tampouco da proteção da vida privada⁶⁶⁹.

Na oportunidade, fez referência a dois julgamentos de grande repercussão, em que o STF decidiu de forma diversa, de acordo com o caso concreto. Na ADI do Humor das Eleições (ADI 4451)⁶⁷⁰, aduz que o STF teria conferido maior peso à liberdade de

⁶⁶⁸ Vide os comentários tecidos neste tópico sobre a omissão dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

⁶⁶⁹ BIOGRAFIAS: participantes defendem liberdade de expressão com responsabilidade. *STF*, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253997>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

⁶⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4451-DF*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 26/08/2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15924508/medida-cautelara-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4451-df-stf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

imprensa, ao suspender dispositivos da lei eleitoral que proibiam a veiculação de charges de humor com candidatos em emissoras de rádio e de televisão. Referiu-se, outrossim, ao julgamento do Habeas Corpus 82424⁶⁷¹, – caso *Ellwanger* –, em que *Siegfried Ellwanger*, escritor de obras literárias consideradas antissemitas, pretendia reverter condenação por crime de racismo. Defendeu Chinelato que o STF, por maioria, considerou, neste caso concreto, merecedora de maior proteção a personalidade da pessoa humana, pelo que a liberdade de manifestação de pensamento e de imprensa deveriam observar limites, afastando-se do intuito difamatório e do discurso de ódio. A condenação foi mantida.

Diferentemente do que sustentado pela autora, entendemos, nesta investigação, que a posição da Suprema Corte, manifestada, inclusive, no voto do Ministro Carlos Ayres Brito, proferido na ADPF n° 130, ratificada nas Reclamações Constitucionais n° 18836/GO e 18638/CE, é no sentido de se conferir, em relação à proteção dos direitos da personalidade, posição de preferência (*preferred position*) à liberdade de expressão em sentido amplo, leia-se, liberdade de comunicação social, de imprensa e de manifestação de pensamento: atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, cujo exercício deve ocorrer livre de censura ou licença prévia do Executivo ou do Judiciário.

Os casos citados por Chinelato, *data venia*, referem-se a situações de fato distintas que não permitem concluir pela ausência de posição preferencial da Suprema Corte face ao tema. As ofensas irrogadas na obra publicada por Ellwanger afastam-se do dever informativo e da simples análise crítica – formadora de opinião –, e se aproximam do intuito deliberado de segregar pessoas, infirmando, inclusive, a condição de raça humana dos judeus: “Os primeiros (judeus) seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático”.⁶⁷²

⁶⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus n° 82424*, rel. Moreira Alves, j. 17/09/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744055/habeas-corpus-hc-82424-rs/inteiro-teor-103129516>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

⁶⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424/RS*, Tribunal Pleno, rel. Moreira Alves, j. 17/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+>

A posição de preferência (*preferred position*) adotada pelo STF a partir do julgamento da ADPF n° 130 e ratificada nas Reclamações Constitucionais já citadas, n°s 18638/CE e 18836/GO, exemplificativamente, aplica-se a situações de fato semelhantes. Dito em outras palavras, aplica-se a uma zona cinzenta sobre a licitude de divulgação de informações revestidas de “interesse público”.

Entendemos, pois, que a Corte Constitucional, a partir do julgamento da ADPF n° 130-DF, posicionou-se favor da liberdade expressão e da manifestação de pensamento, sem olvidar, no entanto, para a responsabilidade civil, administrativa e criminal, via de regra posterior, decorrente de eventuais abusos praticados, pois, somente assim, se torna possível harmonizar, mediante cessões mútuas, ambos os grupos de direitos fundamentais e da personalidade. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Brito:

A Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato *sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força de Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se.⁶⁷³

Nesse mesmo sentido, é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual a liberdade de expressão, dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, embora, mesmo após o julgamento da ADPF 130, sua aplicação seja ainda tímida, o que não significa que a liberdade de expressão, em qualquer uma de suas manifestações particulares, seja imune a qualquer limite e restrição, tampouco se estabelece hierarquia prévia entre as normas constitucionais. Para o autor, quando se fala de uma posição preferencial, busca-se reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso concreto, sem

82424%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁶⁷³ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito, relator da ADPF n° 130-DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

nunca olvidar para a máxima proporcionalidade e outros critérios aplicáveis a tais situações.⁶⁷⁴

Feitas estas considerações sobre a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, no sentido de que a ausência de consentimento prévio do biografado ou de seus familiares, na hipótese de biografia *post-mortem*, não é óbice – condição necessária – para a publicação de biografias não autorizadas, é chegada a hora de nos debruçarmos criticamente sobre julgamento da ADI 4815-DF. É o que ora passamos a fazer.

5.3.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF

Em 05/07/2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL –, entidade de classe de âmbito nacional, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade,⁶⁷⁵ perante o Supremo Tribunal Federal, distribuída sob o número 4815-DF, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Cármen Lúcia, visando, em cognição sumária, o deferimento de medida cautelar pela eminente relatora, antes mesmo da oitiva das autoridades responsáveis pela edição do ato normativo, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, “*ad referendum* do Plenário, para, mediante interpretação conforme à Constituição, suspender a eficácia, até julgamento final da presente ação direta, da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, segundo a qual é necessário o consentimento do biografado e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas), para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais.”⁶⁷⁶

Como pedido cautelar principal, requereu a ANEL fosse afastada a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que exige consentimento do biografado, seja ele pessoa pública ou anônima como condição para comercialização da obra.

⁶⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460-461.

⁶⁷⁵ C.F/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶⁷⁶ Petição inicial da ADI 4815-DF. BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815-DF*. Supremo Tribunal Federal, j. 10/06/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciaspublicas/anexo/paginador.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

Como pedido cautelar eventual, a ANEL requereu fosse concedida medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para, suspender a eficácia da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, segundo a qual é necessário o consentimento do biografado e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo.

É de ser ver que, no pedido eventual, a ANEL cingiu a requerer fosse afastado a exigência de consentimento prévio apenas em relação às obras biográficas sobre pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos públicos, naturalmente, pela mitigação da proteção à privacidade deste grupo.

Na petição inicial, a ANEL sustenta que a interpretação comumente extraída dos artigos 20 e 21 do Código Civil tem dado ensejo à proibição de biografias não autorizadas pelas pessoas cuja trajetória é tratada nos autos, o que não se coaduna com a proteção constitucional conferida à liberdade de expressão e de informação. Aduz que, em que pese o pretense propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV).

Segue a defender que as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política haja tomado dimensão pública gozam de uma esfera de privacidade e intimidade mais estreita, de modo que sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, quando da sua inserção em eventos de interesse público. Conclui, pois, que exigir a prévia autorização do biografado ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida, importa consagrar censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e, em última análise, ao direito à informação de todos os cidadãos.

Requer, ao final, a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), para, em síntese, suspender a exigência de autorização prévia para a publicação e comercialização de obras biográficas.

A ADI fora instruída, dentre outros documentos, com parecer de Gustavo Tepedino, no qual sustenta que a interpretação conferida aos artigos 20 e 21 do Código Civil, que proíbe a publicação de obras biográficas, sem autorização, decorre de tratamento patrimonial que ainda é sobremaneira conferido à proteção da personalidade humana.

Para Tepedino, preocupam-se os dispositivos ou a interpretação a eles conferida em afastar pura e simplesmente o aproveitamento econômico de bem “alheio” – finalidade comercial do uso da imagem –, e não de se preocupar com a qualidade dos dados divulgados e a sua função. Destaca, ainda, que a proteção do direito à privacidade – *privacy* –, é bastante influenciada pelas raízes do direito de propriedade, sob a invocação do precedente americano do *trespass*, que consagra a inviolabilidade da propriedade alheia, não obstante, atualmente, a proteção da personalidade humana seja bilateralmente dinâmica, e não estática, funcionando tanto para o controle de dados pessoais pelo próprio interessado, mas também para assegurar o direito de acesso à informação biográfica oriunda da trajetória de vida de uma pessoa pública que se confunde com a realidade histórica da sociedade.⁶⁷⁷

O Ministro Carlos Ayres Britto, então presidente do STF, sem adentrar à análise do pedido cautelar, proferiu despacho, em 12/07/2012, solicitando informações ao Presidente do Congresso Nacional e conferiu vista dos autos, em 18/02/2013, à Procuradoria Geral da República

A Procuradoria Geral da República apresentou parecer, opinando, preliminarmente, pela admissibilidade da ADI em razão da legitimidade ativa *ad causum* da ANEL, enquanto entidade de classe de âmbito nacional, e a sua pertinência temática quanto ao objeto controvertido na ação objetiva. No mérito, opinou pela procedência da ação, ao fundamento de o poder constituinte originário, no afã de se evitar a repetição de erros

⁶⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Parecer que instrui a petição inicial da ANEL na ADI 4815-DF*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2015.

praticados no passado, em especial, durante o regime de ditadura militar, optou por atribuir papel central à liberdade de expressão na Carta Magna de 1988, o que se extrai da redundância textual dos artigos 5º, incisos IV e X e 220. Além do elemento histórico, a proteção reforçada da liberdade de expressão também se justifica pelas finalidades a ela associadas: garantia da democracia, autonomia individual e busca pela verdade.⁶⁷⁸

Por considerar que a matéria tratada na ação objetiva ultrapassava os limites de interesses específicos da entidade autora ou mesmo apenas de pessoas que poderiam figurar como biografados, repercutindo em valores fundamentais dos indivíduos e da sociedade brasileira, a Ministra Relatora, em 11/11/2013, proferiu despacho designando audiência pública para os dias 21 e 22/11/2013, para abertura de discussão do tema com a sociedade – enquanto novos atores de interpretação⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. *Parecer apresentado na ADI 4815-DF*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204815.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁶⁷⁹ Neste ponto, a convocação de audiência pública pelo STF coaduna-se com a proposta apresentada por HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Santo Antônio Fabris, 1997. p. 11-13. Propõe-se o autor debater sobre o “problema relativo aos participantes da interpretação” não se cingindo apenas à análise dos métodos (processos de interpretação constitucional e regras de interpretação), nem tampouco aos objetivos da interpretação constitucional - justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, “harmonização, força normativa da Constituição, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum. Dito em outras palavras, visa o autor debate sobre os “agentes conformadores da “realidade constitucional””. A ideia central de Haberle é transferir a questão relativa aos participantes do processo de interpretação de “uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta “*vonder geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsintepreten zur Verfassungsinterpretation durch und fur die offene Gesellschaft*”). Busca, então, superar a interpretação formal e fechada, restrita aos órgãos jurídicos, para se estender aos demais atores sociais, participantes materiais do processo social, dentre os quais se encontram todos os cidadãos e grupos, os órgãos estatais e todas as potências públicas. Afirma o autor, portanto, que “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. Segue a pontuar que “Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada”.

Segundo o autor, a interpretação constitucional não deve se cingir aos intérpretes jurídicos, eis que o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico. Afirma, então, que a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, em que todo cidadão ativo, grupo, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas da interpretação, de modo que são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando pelo menos como pré-intérpretes da Constituição (1997, p. 14).

Para Haberle (1997, p 15-19), existem intérpretes da Constituição em sentido lato – experts ou técnicos do processo legislativo ou judicial - e em sentido estrito – grupos ou indivíduos, “pessoas interessadas” da sociedade pluralista - que estão em constante coalizão. Essa complexa participação entre os intérpretes latos e estritos revela que não somente o processo de formação da norma é pluralista, mas também o seu desenvolvimento posterior.

A participação das audiências públicas foi efusiva, tendo tido diversas manifestações a favor e contra a ADI 4815-DF, pelo que, a título ilustrativo, trazemos algumas posições exaradas, em especial de membros ou entidades com representação coletiva. Desde já, consignamos que, neste item, nos cingiremos a relatar as manifestações proferidas, reservando nossa análise crítica para o item *controle do conteúdo das biografias*, em que trataremos, mais especificamente, sobre os parâmetros de interpretação que norteiam a licitude do conteúdo a ser vinculado em biografias não autorizadas.

A Academia Brasileira de Letras, representada por Ana Maria Machado destacou que biografias constituem gênero literário e fonte histórica, de modo que conhecer as vidas dos antepassados, em todas as sociedades, é fundamental para a construção do futuro e para a elaboração da identidade cultural. Assim, não se pode aceitar que arbítrio pessoal incida sobre a liberdade de manifestação.

A Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, através de Roberto Dias, ao citar o Ministro Celso de Melo, relator do Habeas Data nº 22, e o julgamento da ADPF nº 130-DF, destacou que a democracia, mais do que regime do consenso, é regime do dissenso e que pelo modelo político jurídico atual todos têm o direito de dizer o que pensa, somente *a posteriori* se podem adotar medidas judiciais protetivas de direitos da personalidade, não havendo censura boa ou má, pois toda censura é inconstitucional.

A Ordem dos Advogados do Brasil, nas palavras de Marcus Vinicius Furtado Coelho, consignou sua posição, no sentido de que a liberdade de expressão e, no caso concreto, de publicação de biografias independe de consentimento, pois do contrário se convalidaria a censura prévia. Demais disso, questões negativas sobre ídolos são algo que pode influir positivamente no país, para se demonstrar que inclusive ídolos são seres humanos e cometem equívocos a serem evitados pelas pessoas. Esconder da vida de ídolos erros ou equívocos não colabora para o futuro da nação, pois o exemplo, ainda que negativo, pode ser utilizado para educar futuras gerações a não cometê-los.

A Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão defendeu que a produção audiovisual é baseada em biografias, pelo que sofrem muitos obstáculos pelos interesses variados de parentes e dos próprios biografados⁶⁸⁰.

O Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, por Ronaldo Lemos, reiterou sua recomendação quanto à aprovação do PL 39.311, do Deputado Newton Lima, ao tempo em que esclareceu que, nos EUA, John Kennedy, ex-presidente dos Estados Unidos, com uma morte trágica, tem mais de oitenta biografias escritas; o Papa João Paulo II tem mais de cem biografias; Evita Perón, mais de vinte biografias; Steve Jobs, para além daquelas biografias mais populares e conhecidas, foi sujeito de outras quinze biografias, algumas delas feitas na forma de documentários, outras diversões cinematográficas e, até mesmo, uma biografia em estória em quadrinhos [...].

A Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados – Seccional de São Paulo –, pela professora Silmara Chinelato, manifestou-se no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não teria fixado uma posição de predileção entre a proteção da liberdade de expressão e a esfera privada da personalidade, enfatizando, em várias oportunidades, a relevância do caso concreto, o que, aliás, teria ocorrido no julgamento da ADI nº 4.451, envolvendo a lei de eleições e o direito de sátira, e o *Habeas Corpus* nº 82.424, sobre crime de racismo e obras literárias antisemitas. Apontou, ainda, que assim também o fez a Corte Europeia dos Direitos do Homem, como, por exemplo, no *Affaire von Hannover*, em que proferiu-se decisão em favor da proibição de publicação de fotografias da família real, do Principado de Mônaco, porque não se detectou interesse público na divulgação, e em outro caso, proferiu-se decisão em favor da liberdade de expressão e do direito à informação, porque caracterizado esse interesse público, não mera curiosidade.

⁶⁸⁰ Trecho, na íntegra, do relato de Leo Wojdojdzylawski apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF, rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 16/06/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015 “Outro fato, que é até mais grave, também veiculado na imprensa recentemente, é o caso da obra que conta a história de Guimarães Rosa, mais precisamente, na passagem de Guimarães Rosa na Embaixada da Alemanha, ocasião em que ele ajudou diversos judeus a fugirem da ameaça nazista. Essa obra foi proibida, não foi proibida judicialmente, mas há manifestação de duas herdeiras no sentido de que não vão autorizar a exibição da obra porque essa passagem da vida de Guimarães Rosa se deu com a segunda esposa dele, ou seja, elas não vão autorizar, porque querem que essa passagem seja excluída da biografia de Guimarães Rosa”.

Marcos Rogério, Deputado Federal, citando decisão do STJ que fez referências a trechos do livro sobre a vida do jogador Garrincha, questionou: “dados da vida privada e íntima de um herói nacional colocado a público. Com que intuito? Para informar a população? A respeito de quê? Qual o interesse público envolvido aqui? O que pretendeu o biógrafo com a publicização da intimidade do jogador? Informar a sociedade de uma questão de interesse público ou explorar a imagem de uma pessoa pública para auferir lucros a partir da venda desta biografia? Não se está a discutir matéria jornalística ou escrito historiográfico, mas biografias, escritos comerciais para a exploração da imagem de uma pessoa com finalidade de lucro. Não basta indenizar *a posteriori*, sendo necessário instrumentalizar o ofendido para que ele possa, se assim achar necessário, retirar de circulação a publicação que lhe atinge a honra e a imagem.

Ingressaram no feito na condição de *amicus curiae*⁶⁸¹ o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB –, Artigo 19 Brasil, a Academia Brasileira de Letras, o Instituto dos Advogados de São Paulo, – IASP –, o Instituto Amigo e a Associação Eduardo Banks⁶⁸² que suscitou preliminar de ilegitimidade ativa *ad causum* por ausência de qualificação de associação civil, entre diversos fundamentos, a de que a entidade visa fins lucrativos, afastando-se do artigo 53 do Código Civil, tampouco poderia se enquadrar na condição de confederação nacional por não ser a edição de livros atividade sindicalizada.

O Advogado Geral da União apresentou parecer pela constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, argumentando que a liberdade de expressão não deve ser exercida de forma a violar outros direitos fundamentais de igual hierarquia constitucional, entre eles o direito à privacidade, assegurado pelo artigo 5^a, inciso X, da Constituição Federal. Segundo o Advogado Geral da União, curador da constitucionalidade das leis, é comum biografias exporem pequenos detalhes íntimos da vida do biografado, elementos

⁶⁸¹ Em tradução livre, amigo da corte. Trata-se de intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁶⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acompanhamento processual ADI 4815-DF*. Brasília, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

capazes de gerar comoção ou curiosidade na opinião pública e retorno financeiro para o autor, contudo apenas o titular do direito pode avaliar se deseja confessar fatos da intimidade e da vida privada.⁶⁸³

Os autos foram à conclusão da relatora e, pautados pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, posto a julgamento, cuja análise a presente pesquisa passa a enfrentar.

5.3.2.1 O julgamento: o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia

Em 16/06/2015, por decisão do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas.

A Ministra Cármen Lúcia afastou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causum* por considerar, com base no estatuto da ANEL e na jurisprudência da Corte Suprema, a entidade como associação de classe de âmbito nacional, e, no mérito, apresentou, inicialmente, panorama sobre o direito à liberdade de expressão enquanto objeto de estudo de diversos ramos do conhecimento – filosofia, literatura, religião, linguística.⁶⁸⁴

Para a relatora, direito à liberdade de expressão é “outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido.” É o meio pelo qual “se critica, se denuncia, se conta e reconta o que há na vida e da vida, da própria pessoa e do outro, fazendo-se a arte exprimindo-se o humano do bem e do mau, da sombra e do claro.” O direito à

⁶⁸³ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. AGU defende no Supremo que direito à privacidade dos cidadão não deve ser violado. 02 jun. 2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/332569>. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁶⁸⁴ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF*, rel. Cármen Lúcia, j. 16/06/2015. Voto. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

liberdade de expressão “encarna-se a vida no Verbo. E o verbo faz-se carne e torna-se vida”, pelo que afirma “Quem, por direito, não é senhor do seu dizer não se pode dizer senhor de qualquer direito.”⁶⁸⁵

Não por outra razão, revelou a proteção historicamente conferida por diplomas de direito externo à liberdade de informação, em sentido amplo, protegendo-a tanto contra atos estatais quanto de particulares, dentre os quais se encontram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. 19), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado pelo Brasil em 1992 (art. 19), a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992 (art. 13), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1986 (art. 9º) e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 11).

Para registro, mencionou os percalços e intempéries históricos da liberdade de expressão no Brasil dentre “arroubos de poder e arrombos nas Constituições”, entrando, então, em profícuo debate sobre a censura, da qual, como ressaltou, se tem referência desde 1559, quando a Igreja Católica criou a *Index Librorum Prohibitorum* que continha lista de obras literárias proibidas por conter premissas contrárias aos dogmas católicos. Para a Ministra, “censura é forma de controle da informação. Alguém, que não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística, do sentimento.” É o meio pelo qual se controla “a palavra ou a forma de expressão do outro. Pode-se afirmar que se controla o outro.” E acrescenta: “A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão.”⁶⁸⁶

Sustentou a ministra relatora, no entanto, que a responsabilidade pública e cidadã é indispensável para a democracia, pois ela – a democracia –, é calcada em modelo de convivência, no qual se respeitam direitos e liberdades, cada um respondendo pelo que

⁶⁸⁵ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF*, 2015.

⁶⁸⁶ Ibid.

exorbitar do que posto no sistema jurídico, causando dano a terceiro: “Ação livre é ação responsável”, reivindicando sempre a responsabilidade democrática.⁶⁸⁷

Após enfrentar a discussão sobre a liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e a censura, avançou o voto da Ministra no debate sobre a proteção estatal à inviolabilidade da intimidade e da privacidade, distinguindo, doutrinariamente, ambas as esferas de proteção. Debruçou-se sobre as primeiras referências históricas de proteção à intimidade, enquanto direito subjetivo, aludindo-se ao movimento literário romântico, no século XVIII, e às obras de Rousseau e Santo Agostinho.

Ao ponderar a liberdade de expressão e a inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem, a Ministra Cármen Lúcia rememorou precedentes da Corte Suprema que, em um juízo de ponderação, ao se constatar o interesse público da informação divulgada, em obséquio ao princípio da publicidade, também albergado pela Constituição Federal, concluiu pela legalidade da divulgação e do acesso à folha remuneratória de servidores públicos.⁶⁸⁸

Nessa toada, lembrou, ainda, julgamento paradigma do Tribunal Francês, intitulado *affair Balzac*, em ação ajuizada pela filha do escritor contra o pai do escritor, Alexandre Dumas, em que se buscava a proibição da construção de uma escultura em sua homenagem, oportunidade em que o Tribunal decidiu que o ato independe de autorização da família. Assim como o fez a Corte Europeia de Direitos Humanos que, em dois processos distintos, ajuizados pela Princesa de Mônaco, *Caroline von Hanover*, decidiu ora por afastar divulgação de fotos suas, particulares, em atividades cotidianas, com seus filhos, destituída de interesse público, ora por concluir pela legalidade de matéria publicada que tratava da doença do príncipe *Rainier*, pai da princesa *Caroline von Hanover*, relatando, ainda, a ausência de assistência dada pela filha, em razão do interesse público decorrente da função das pessoas noticiadas, a natureza de suas atividades e os fins de elucidação das relações entre as figuras que compõem os cargos da monarquia monegasca.

⁶⁸⁷ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.815-DF*, 2015.

⁶⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 766.390-AgR/DF*, rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 15.8.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519125>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

Fez importante digressão histórica⁶⁸⁹, doutrinária e jurisprudencial⁶⁹⁰ sobre a tutela estatal do direito à honra, objetiva e subjetiva, enquanto dimensão de uma vida digna das pessoas, para, a partir daí, traçar um panorama das biografias em paralelo às liberdades individuais e públicas.

Biografia, com bem apontou a Ministra Cármen Lúcia, é história. A história de uma vida que “não acontece apenas a partir da soleira da porta de casa como anotado. Ingressa na intimidade sem que o biografado sequer precise se manifestar.” E acrescenta: “Embora seja espaço de sossego, a toca do ser humano, os que ali comparecem observam, contam histórias, pluralizam a experiência do que nela acontece.”⁶⁹¹

No ponto, a ministra relatora destacou que sem ver a totalidade da vida da pessoa não há como se saber o que é a vida da figura que tenha marcado uma época, quer-se dizer, como sua obra foi elaborada, suas influências pretéritas e aquelas que tenham provocado. E mais, o mundo é um permanente construir e não uma obra já construída, e esta construção faz a história a partir das figuras de referência. Assim, questiona: “como avançar sem saber dessas figuras? Como prosseguir sem autorização?”⁶⁹²

E, assim, apresenta quatro pontos centrais que direcionam a sua conclusão: primeiro, a autorização prévia constitui censura prévia particular e o recolhimento judicial de obras é censura judicial que apenas substitui a administrativa; segundo, a biografia autorizada não exaure, isto é, não atende a necessidade de conhecimento de pessoas, de comunidades, de costumes e história, pelo que entre se tutelar a história de todos e a narrativa de um, opta-se pelo interesse de todos; terceiro; a biografia autorizada não está proibida; aliás, deve ser estimulada, contudo, sendo a memória traiçoeira, que é, fatos

⁶⁸⁹ Observou a proteção à honra desde a Antiguidade, em Roma e na Grécia; o Código de Hamurabi, datado de VIII a.C, já previa sanção contra a injúria; na Idade Média, o direito canônico também sancionava as ofensas à honra.

⁶⁹⁰ A ministra Cármen Lúcia citou precedente do STF em que restou configurada a responsabilidade civil de veículo de comunicação que divulgou notícia inverídica ofensiva à honra e à boa fama da vítima, afastando do seu dever objetivo de cuidado ao exercer o direito de informar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 447.584/RJ*, rel. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 16.3.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409800>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

⁶⁹¹ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF*, 2015.

⁶⁹² Ibid.

lembrados, selecionados e recriados de uma única pessoa pode não representar o que ela sugere, assim não se há de frustrar a história pela lembrança de uma única pessoa, pois, desta forma, a humanidade não caminha: “a memória é traiçoeira. E de perto demais a visão é cega”; quarto, a privacidade de quem não saí à rua não é de igual quadrante da intimidade daquele que se mantém guardado em seu quarto secreto, quer dizer, a pessoa pública detém uma proteção da personalidade mais tênue que a pessoa anônima.⁶⁹³

E conclui a eminente ministra que o fim comercial das obras biográficas tampouco justifica a censura privada, pois “Escreve-se para ser lido. E livro é produto de comércio. [...]. Produção cinematográfica é comercializável. E comércio faz-se com paga pela prestação de serviço.” Quanto a eventual abuso que exorbitem a liberdade de expressão, esclarece que “risco é do próprio viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas.”⁶⁹⁴

Ao final, por decisão do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, julgou procedente o pedido principal formulado na ação direta, declarando-se inexigível o consentimento de pessoa biografada ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, assim como o fez, também, para pessoas retratadas como coadjuvantes, conferindo aos artigos 20 e 21 do Código Civil, interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, assegurando, neste particular, a plenitude dos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica,

O resultado da ADI 4815-DF não põe termo, portanto, a importante controvérsia social quanto à exigência de consentimento prévio do biografado, de seus familiares, na hipótese de biografias póstumas, e, ainda, de terceiras pessoas incidentalmente trazidas à obra. Fixou-se vetor interpretativo dos artigos 20 e 21 do Código Civil de que, na hipótese de abuso do direito à liberdade de expressão, serão as responsabilidades civis, administrativas e penais apuradas, via de regra, *a posteriori* em demanda individual.

⁶⁹³ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.815-DF*, 2015.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

O julgamento da ADI 4815 não põe termo, contudo, a importante controvérsia que decerto será levada à apreciação do Poder Judiciário em momento posterior à publicação e comercialização de obras biográficas, eis que o que se afastou no julgamento paradigma fora, tão somente, a exigência de autorização prévia. O problema, como se vê, pode apenas se alterar quanto ao tempo de discussão: de prévia autorização para posterior controle das informações divulgadas.

E, assim, interrogações de relevo ainda permanecem: quais conteúdos publicados em obras biográficas poderão ser suprimidos por ordem judicial após a sua publicação? Quais serão passíveis de retratação pública ou reparação civil? Como definir o critério do interesse público a justificar a veiculação de determinada informação pessoal nas referidas obras? Como evitar que o controle judicial posterior das informações publicadas caia no mesmo problema da censura particular?

As respostas para tais interrogações foram, de certo modo, analisadas enquanto *Ratio Decidendi*⁶⁹⁵ na ADI 4815-DF e em outros importantes julgados paradigmas do STF, sobre cujo conteúdo pretende esta investigação também se debruçar para apresentar proposta de precedências condicionadas a serem usadas em eventual modificação legislativa ou, na omissão do Poder Legislativo, em enunciados de súmula ou de súmula vinculante, a fim de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica às controvérsias ainda existentes quanto ao controle judicial do conteúdo de obras biográficas e de matérias informativas em geral.

Assim, a pesquisa avança, neste ponto, para investigar a proposta legislativa que atualmente tramita no Congresso Nacional sobre biografias não autorizadas, para, a partir daí, analisarmos criticamente o texto apresentado e apresentarmos emendas a proposta de lei que melhor adequa à harmonização da liberdade de expressão e à proteção da esfera privada da personalidade, retornando o pêndulo de proteção das liberdades ao seu local de equilíbrio.

⁶⁹⁵ DIDIER JR. Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. LFG Rede de Ensino, 21 nov. 2006. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015. Didier, ao citar José Rogério Cruz e Tucci, afirma que a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*).”

5.3.3 O Poder Legislativo na controvérsia das biografias: PL 393/2011 e PL 42/2014

O deputado federal Newton Lima Neto apresentou, em 15/02/2011, projeto de lei de sua iniciativa – PL 393/2011 –, à Câmara dos Deputados, com o objetivo de, segundo explicação em sua ementa, “garantir a 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”. Para tanto, o PL 393/2011 altera o art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, para garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura. Transforma o parágrafo único em parágrafo 1º e insere o parágrafo 2º à aludida regra, no sentido de autorizar previamente a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade. Lastreia-se nos fundamentos de vedação à censura, interesse da coletividade e mitigação de direitos de fundamentais de pessoas públicas.

Ao PL 393/2011 foram apensados o PL 395/2011, de autoria da deputada federal Manuela Ávila (PC do B – RS), que trata da mesma matéria⁶⁹⁶, e o PL 1422/2011, de autoria do deputado federal Otávio Leite (PSBD-RJ)⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ PL nº 395, de 2011, de autoria da Deputada Manuela Ávila (PC do B- RS), traz a seguinte redação: “Altera o art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, - Código Civil, para garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura”. A Deputada propõe, também, “alterar o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, dando-lhe nova redação, que assegure, de um lado, o direito de privacidade, intimidade, honra e imagem individual, mas que, por outro lado, assegure ao povo brasileiro acesso às informações sobre personagens de sua história e de sua cultura, no espírito do artigo 215 da Constituição Federal. Ao restringir a utilização de imagem sem autorização, o texto do artigo 20 impede, como já foi explicado, o acesso do público a dados biográficos de personalidades da cultura e da política, inibindo o exercício pleno da cidadania”. Relatório do deputado federal Emílio José, relator do PL 393/2011 na Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=939275&filename=PRL+1+C EC+%3D%3E+PL+393/2011>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁶⁹⁷ PL nº 1.422, de 2011, de autoria do Deputado Otávio Leite (PSDB-RJ), traz a seguinte redação: “Dispõe sobre alteração do art. 20 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, visando garantir a liberdade de expressão e informação”. Segundo o Deputado, “O presente Projeto de Lei, na sua essência e na sua plena forma (isto é, na íntegra), é da lavra do ex Deputado Federal Antônio Palocci (PT-SP). Embora arquivada, a matéria merece ser reavivada na Câmara dos Deputados por uma razão muito simples: porque o Senhor ex-Deputado propôs que as informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública ou cuja trajetória pessoal ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade sejam de livre divulgação, proclamando o direito que tem a sociedade sobre as informações a respeito de pessoas de notoriedade pública” Relatório do deputado

O projeto de lei passou, inicialmente, pela Comissão de Educação e Cultura (CEE), tendo em, 16//11/2011, sido apresentado parecer do relator, deputado federal Emílio José (PT-BA), pela constitucionalidade e aprovação do PL 393/2011 e do PL 1422/2011, apenso. Em 07/12/2011, a Comissão de Educação e Cultura, por unanimidade, aprovou o parecer do relator.

O PL 393/2011 seguiu, então, para a Comissão de Constituição e Justiça, tendo, em 28/11/2012, o relator, deputado federal Alessandro Molon (PT-RJ), apresentado parecer pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL 393/2011, do PL 395/2011 e 1422/2011, apensados, o qual também foi aprovado pela referida Comissão, em 02/04/2013.

Em 06/05/2014, o Deputado Federal Ronaldo Caiado (DEM/GO) apresentou emenda de plenário para incluir, ainda, o § 3º, no artigo 20, para garantir ao biografado que, eventualmente, se sentisse ofendido em sua honra o direito de requerer, pelo procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, a exclusão em edição futura de trechos considerados ofensivos. A regra passaria a ter a seguinte redação:

Art. 20 – *omissis*

§ 1º: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

§ 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.

§ 3º Na hipótese do §2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinente, sujeitas estas ao procedimento próprio.⁶⁹⁸

federal Emílio José, do relator do PL 393/2011 na Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=939275&filename=PRL+1+CEC+%3D%3E+PL+393/2011>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁶⁹⁸ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 393/2011. Emenda de Plenário*. Brasília. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1250719&filename=EMP+1/2014+%3D%3E+PL+393/2011>. Acesso em: 06 ago. 2015.

A redação final do PL 393/2011 acima transcrita foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 06/05/2014, tendo sido remetido ao Senado Federal para deliberação, onde, em 12/05/2014, passou a tramitar o PL 42/2014.⁶⁹⁹

O PL 42/2014 iniciou sua tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, sob a relatoria do Senador Ricardo Ferraço, que, em 28/10/2014, apresentou parecer pela aprovação do projeto com duas propostas de emenda. A primeira referente à ementa do projeto que passaria a ter a seguinte redação: “Altera o art. 20 do Código Civil, para permitir a divulgação de imagens, escritos e informações sobre pessoas célebres, com finalidade biográfica, independentemente de autorização do biografado.” A segunda referente ao § 3º, do artigo 20, no sentido de alterar a competência do rito sumaríssimo – inicialmente contemplada no PL 393/2011 aprovado pela Câmara dos Deputados –, para o rito sumário do artigo 275 do CPC, para processar pedidos de supressão de trechos de biografias na hipótese de ofensa ao biografado. O § 3º passaria a ter a seguinte redação: “Na hipótese do §2º, as ações judiciais da pessoa que se sentir prejudicada em sua honra, boa fama ou respeitabilidade serão processadas pelo rito sumário previsto no artigo 275 do Código de Processo Civil.”⁷⁰⁰

Em seu parecer, o Senador defende que a alteração sugerida é de redação e não de mérito, pelo que, aprovado o PL 42/2014 pela casa revisora, deve seguir à sanção ou veto presidencial independentemente de retorno à Câmara dos Deputados.

⁶⁹⁹ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei e Outras Proposições*. Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁷⁰⁰ O Senador Ricardo Ferraço, relator do PL 42/2014 do Senado Federal, esclarece o porquê da supressão da regra do § 3º inserida no PL 393/2011 inicialmente aprovado pela Câmara dos Deputados. “Manter no projeto o seu § 3º representaria, também, um potencial atentado aos direitos fundamentais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Vejamos. No procedimento estabelecido na Lei 9.099 não há previsão de recurso das decisões proferidas no curso do processo, as chamadas decisões incidentais, como as que decidem sobre realização de provas, perícias e oitiva de pessoas. [...]. Portanto, a alteração do referido dispositivo, por meio de emenda de redação, se revela imprescindível para a garantia do direito de ação e da segurança jurídica. [...]E é nesse sentido que propomos a mudança no § 3º, remetendo para o procedimento sumário do art. 275, do Código de Processo Civil, uma solução para trazer mais rapidez à eventual demanda envolvendo obras biográficas, sem mitigar direitos fundamentais das partes. [...]É importante destacar que a emenda ora proposta não altera o mérito da proposição, o sentido da proposição, apenas modifica a regra de procedimento. Regra essa que não inova o nosso ordenamento jurídico, pois já se apresenta como faculdade ao autor da ação. O mérito, que permanece inalterado, cuida justamente da possibilidade da edição de biografias sem prévia autorização da pessoa retratada ou de seus familiares. Dessa forma, após aprovado por esta Casa revisora, o PLC 42 de 2014 irá à sanção presidencial e atenderá a uma demanda tão urgente da sociedade brasileira, qual seja, a consagração do direito à liberdade de expressão.” Trecho do referido parecer. Disponível em: <<file:///C:/Users/Dr.%20Andr%C3%A9/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-31836.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Após requerimentos apresentados pelos Senadores Ronaldo Caiado e José Agripino, o PL 42/2014 foi encaminhado à Comissão de Educação, distribuído à relatoria ao Senador Romário que, em 09/05/2015, apresentou parecer pela aprovação do projeto com as duas emendas de redação referidas. O parecer fora aprovado pela Comissão de Educação em 08/07/2015, tendo sido devolvido, conforme última movimentação disponível, à Comissão de Constituição e Justiça nesta mesma data.⁷⁰¹

O PL 393/2011, aprovado pela Câmara dos Deputados, em nosso sentir, representa avanço na solução da controvérsia das biografias não autorizadas, contudo ainda se revela insuficiente para tal mister, pois não aponta parâmetros mais objetivos que norteiem o intérprete na hora de decidir quais conteúdos poderão ou não ser suprimidos, via de regra, *a posteriori*, e, excepcionalmente, por ordem judicial provisória – tutela inibitória, nos termos do § 3º, acaso aprovado.

A rigor, o PL 393/2011 e o PL 42/2014 apenas transferem o momento da controvérsia para a posterior publicação da obra, o que, a evidência, não impede ainda eventual censura judicial sobre o conteúdo das obras biográficas. Conquanto não se possa exigir do legislador que contemple em uma norma geral e abstrata todas as hipóteses possíveis do comportamento humano, neste caso em particular, entendemos que o legislador deveria ter ousado mais para enfrentar quais condutas configuram abuso do poder de informar.

No particular, deveria ter tratado da questão da divulgação deliberada – dolo na difusão da falsidade –, ou negligente – culpa –, de uma notícia falsa em detrimento de outrem como passível de controle judicial posterior, via de regra, ou liminar, excepcionalmente, e de reparação civil, na medida em que os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade.

⁷⁰¹ A tramitação do PL 42/2014 pode ser acompanhado no Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=168558>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Nesse mesmo sentido, o PL 393/2011 e o PL 42/2014 poderiam ter fixado melhores parâmetros sobre o que se entende por interesse público, além dos conceitos indeterminados de administração da justiça e de manutenção da ordem pública contidos no *caput* do artigo 20 do Código Civil, mencionando em que hipóteses os fatos da vida privada e íntima são necessários à construção da história, da cultura e da memória popular. Nesse mesmo sentido, poderia o projeto de lei dispor sobre a forma pela qual a informação deve ser veiculada – verídica, atual e contextualizada. Quanto à personalidade da pessoa retratada em obra biográfica não autorizada ou em matérias informativas em geral, poderia o legislador detalhar mais especificamente os limites do poder-dever de informar, conferindo, a nosso sentir, maior liberdade à comunicação social sempre que se tratar de fato relacionado à pessoa pública – em especial agentes públicos políticos, sobre quem paira, como desdobramento da própria forma de governo republicana, maior fiscalização social –, e pessoas ligadas ao entretenimento privado que exploram economicamente a imagem como profissão.

E mais, diante da atual controvérsia que recai também sobre o direito ao esquecimento, o legislador poderia ter avançado e disposto se informações estabilizadas pelo passado, isto é, esquecidas socialmente, podem ou não ser trazidas pela liberdade de expressão em obras biográficas não autorizadas, ou, ainda, em outros meios de comunicação social – teledramaturgia, peças teatrais –, ou em matérias informativas em geral, quando capazes de gerar danos à imagem, à honra e à vida privada do biografado/retratado.

De se ressaltar que disposições sobre o conteúdo das informações contidas em biografias tido como lícito ou ilícito referem-se ao mérito da proposição legislativa, pelo que, caso sejam feitas no curso do PL 42/2014, reclamam o retorno à Casa Iniciadora do projeto – Câmara dos Deputados –, para deliberação sobre a matéria.

Quanto às emendas propostas pelo Senado Federal, elas parecem, de fato, de redação e não de mérito, pois recaem apenas sobre o procedimento – sumaríssimo ou sumário –, a ser adotado em eventual ação judicial intentada para discutir o conteúdo veiculado na obra. Como se vê a partir da ementa do PL n° 42/2014, a matéria central discutida não se refere a matérias processuais ou procedimentais – pois, se assim o fizesse, a alteração seria de mérito. Assim, não sendo o procedimento o objeto e o fim principal do PL n°

42/2014, conclui-se que a alteração sugerida, de fato, é de mera redação, não sendo necessário o seu retorno à Câmara Iniciadora do projeto.

No que tange ao mérito da própria emenda de redação, de fato, é pertinente a alteração sugerida ao § 3º do artigo 20, no sentido de alterar a competência material do rito sumaríssimo para o rito sumário para tratar de demandas que tenham por objetivo apurar eventuais abusos do dever de informar em obras biográficas.

O procedimento sumaríssimo, calcado sobremaneira na informalidade e na celeridade, não se revela capaz de atender à complexidade da controvérsia, cuja análise, aliás, demanda instrução probatória mais lenta não compatível com o procedimento dos Juizados. Por outro lado, o rito sumário, previsto no artigo 275 e seguintes do Código de Ritos, permite a produção mais ampla de provas, a maior recorribilidade das decisões judiciais, interlocutória, inclusive, e a análise mais acurada da própria controvérsia, livre das demandas de massa que assolam os Juizados Especiais.

Como visto, a extensão do mérito debatido no PL 393/2011 (Câmara dos Deputados) e no PL 42/2014 (Senado Federal) restou insuficiente para atender ao anseio social. O Poder Legislativo, mais uma vez, se atrasa no exercício da sua função típica legislativa. O PL 393/2011, da Câmara dos Deputados, e 42/2014, do Senado Federal, poderiam recolocar o legislador na posição de protagonista da solução da controvérsia que recai sobre biografias não autorizadas. Mas não. Assim como aguardou a jurisdição constitucional, consubstanciada no julgamento da ADI 4815-DF, decidir sobre a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil mais consentânea com a Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo parece querer aguardar novas decisões concretas sobre os parâmetros que nortearão o controle do conteúdo das biografias, omitindo-se sobre o direito ao esquecimento – a atualidade da informação –, a veracidade, a contextualização, assim como o que se entende por interesse público – além de administração da justiça e de manutenção da ordem pública –, que justifique a publicação de fatos da vida privada e íntima de biografados. Esta omissão legislativa não se justifica, mas decorre de uma crise de representatividade do Poder Legislativo,

em que o Poder Judiciário e, em última análise, a jurisdição constitucional erigem-se à condição de protagonistas das liberdades públicas⁷⁰².

Resta, portanto, a esta pesquisa se debruçar sobre vetores interpretativos – interesse público, pessoa pública (função da pessoa noticiada, a natureza de suas atividades e os fins da informação), fato verídico, fato atual, fato contextualizado, intenção informativa, intenção difamatória, boa fé da informação divulgada, fonte lícita da informação, proporcionalidade, que nortearão o controle posterior, via de regra, ou antecipado, excepcionalmente, das informações inseridas em biografias não autorizadas. É o que ora passamos a fazer.

5.3.4 O controle do conteúdo das informações em biografias não autorizadas: proposta de “precedências condicionadas”

A ideia deste tópico investigativo é trazer circunstâncias fáticas, não previstas em lei, tidas como “precedências condicionadas”, que auxiliarão, racionalmente, o intérprete a equacionar a colisão dos direitos à liberdade de informação e a proteção da esfera privada da personalidade quando do controle do conteúdo de informações contidas em obras biográficas não autorizadas, seja antes ou após a sua publicação, assim como para se aferir a existência ou não de ato ilícito passível de responsabilidade civil.⁷⁰³

5.3.4.1 Personalidade da pessoa retratada

A personalidade da pessoa retratada em obras biográficas não autorizadas é decerto a principal “precedência condicionada” a ser ponderada pelo intérprete quando se depara

⁷⁰² O Poder Judiciário torna-se, cada vez mais, protagonista das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, sobretudo em razão do *déficit* democrático das instituições políticas. Os escândalos de corrupção dentro das Casas Legislativas e em empresas estatais minaram a credibilidades do cidadão em seus governantes. Por outro lado, o cidadão tornou-se mais próximo dos julgamentos judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, que passaram a ser noticiados diuturnamente pelos meios de comunicação e transmitidos em tempo real pela internet e pela televisão. Daniel Sarmento esclarece que, muito embora ao longo do século XX tenha havido uma universalização do direito ao voto, hoje uma série de fatores – que vão desde a influência do poder econômico nas eleições ao distanciamento do cidadão em relação à *res* pública, tende a segregar os representantes dos representados, minando a crença de representatividade. SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186.

⁷⁰³ O auxílio interpretativo, a que nos referimos, é no sentido de se construir parâmetros mais objetivos que permitam concluir se determinado fato veiculado em obras biográficas ou outros meios de comunicação social violam direitos da personalidade do retratado – vida privada, honra, intimidade –, ou se se trata de conteúdo cuja publicação é acobertada pela liberdade de informação.

com a colisão da liberdade de expressão e a proteção da esfera privada em obras biográficas não autorizadas.

Fixada a natureza pública ou não pública/privada da personalidade da pessoa retratada, é que se direcionará a interpretação de outros elementos que consideramos deveras importante para a solução do problema. É dizer, a partir da função pública do biografado é que se aferirá a responsabilidade pelo grau de veracidade da informação publicada e a existência de interesse público da informação.

Quanto à personalidade da pessoa retratada, dividimos o tratamento em dois grandes grupos: os das pessoas públicas e os das não públicas ou anônimas.

Em se tratando de pessoas públicas, separamos, ainda, em outros três grupos: o dos agentes públicos, o das pessoas que voluntária ou acidentalmente se envolveram em fatos que ganharam grande repercussão nacional (autores ou vítimas de crimes, desastres, acidentes) e o grupo das pessoas que exploram profissional e economicamente da sua imagem (artistas, esportistas, atores, apresentadores, dentre outros).

Dentro do grupo dos agentes públicos, há, ainda, uma subdivisão dos agentes públicos políticos e dos agentes públicos não políticos. Os políticos são aqueles que ocupam altos cargos dos Poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário, enquanto os agentes públicos não políticos são servidores comuns, os quais, no viés da proteção da esfera privada, se equiparam a pessoas anônimas. A estes últimos, deve o intérprete conferir especial proteção à sua privacidade e intimidade, autorizando a divulgação de informações íntimas apenas quando já tornadas públicas ou quando ligadas à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Quanto às pessoas públicas políticas (agentes políticos), o tratamento jurídico conferido à proteção da sua esfera privada é assaz relativizado, pois, a partir do momento em que consentem em ocupar funções de alta relevância pública, automaticamente realizam concessões temporárias de uso e de acesso a informações e a dados seus que, em outras circunstâncias, seriam protegidos pela privacidade.

Ao se tornarem ocupantes de cargos públicos escolhidas diretamente pelo povo⁷⁰⁴ ou, indiretamente, por representantes eleitos pelo povo⁷⁰⁵, autorizam, tacitamente, que o povo, no exercício do seu direito difuso à informação⁷⁰⁶, a partir daí, se torne um verdadeiro *Ombudsman*, isto é, um fiscal ou ouvidor de sua vida profissional e pessoal.

Quanto às pessoas que intencional ou acidentalmente se envolvam em fatos de grande repercussão social, tais como autores ou vítimas de crimes, testemunhas ou vítimas de acidentes provocados por ações do homem ou da natureza, tornam-se elas protagonistas de fatos históricos, pelo que, ainda que não seja a sua vontade, se ligam a fatos de interesse público. Neste caso, a divulgação de informações quanto a estas pessoas fica autorizada em obras biográficas ou em matérias informativas em geral, excluindo-se do direito *prima facie* de informar apenas a cobertura de fatos da vida privada e íntima destas pessoas, pois elas não relativizaram tal proteção tacitamente, seja pela exploração econômica e deliberada de sua imagem, seja pela opção de exercer profissão sujeita à fiscalização popular.

Nesse sentido, pessoas ligadas às artes, ao esporte, à mídia em geral ou que, de alguma forma, se envolveram em fatos de repercussão social, no mesmo sentido, angariam a todo tempo os benefícios decorrentes da divulgação de sua imagem, da sua boa ou má fama, da sua vida privada, pelo que não podem reclamar a mesma proteção estatal daqueles que do público não se valem para se beneficiar. Assim, é factível dizer que informações que seriam naturalmente da vida privada da pessoa se transformam em informação de interesse público em razão do caráter público da pessoa retratada – pessoas que ocupam altos cargos públicos, escolhidos direta ou indiretamente pelo povo, e pessoas que exploram pública e economicamente como profissão a sua imagem, ou pessoas que intencional ou acidentalmente se envolvam em fatos de grande repercussão social.

Neste caso, ainda que a informação veiculada não possa ser comprovadamente verdadeira, desde que, demonstrada, em um juízo de probabilidade, a apuração razoável da sua verossimilhança com a verdade, não há falar em abuso do poder de informação,

⁷⁰⁴ Através de eleições democráticas diretas, majoritárias ou proporcionais.

⁷⁰⁵ Através de escolha de Chefes do Poder Executivo, por exemplo.

⁷⁰⁶ Direito de informar, de ser informado e de se informar.

logo não há falar em ato ilícito, em retificação, supressão ou reparação civil. As obras biográficas, sejam elas antigas ou modernas, utilizando-se ou não de recursos romancistas, não estão sujeitas ao controle de conteúdo tampouco configuram ato ilegal passível de reparação civil. Neste caso, ao aplicar a lei de colisão às obras biográficas de pessoas notórias, há de prevalecer à liberdade de informação como “sobredireito” da personalidade.

Assim como já se fala atualmente em cidadania digital, identidade ou personalidade digital, construída a partir de seu perfil na rede, da qual se propõe, aliás, um Código de Direitos do Avatar⁷⁰⁷, há de se falar também em uma cidadania midiática, em uma identidade ou personalidade midiática daqueles que, ao longo da sua trajetória, se valem positivamente desta exposição, a qual, naturalmente, gozaria de uma proteção estatal mais relativizada.

Lado outro, em se tratando de uma pessoa não pública, anônima, que, incidentalmente, é retratada em obra biográfica não autorizada, faz-se necessário verificar se a informação veiculada é realmente verdadeira e se detém interesse público, isto é, se, de alguma forma, está ligada à historiografia, à administração da justiça, à ordem pública ou, ainda, se se refere a um fato já de conhecimento público. Satisfazendo estes requisitos, também não há falar em violação à privacidade e, em última análise, em controle de conteúdo ou de reparação civil.

Para estas pessoas, que não exploram da sua imagem profissionalmente, a proteção estatal à sua privacidade há de ser mais rigorosa, pelo que informações nitidamente privadas ou íntimas, ainda que verídicas e ainda que obtidas por meios lícitos, desde que ainda não tornadas públicas, não devem ser divulgadas sem autorização, pelo que, caso presentes em obras biográficas, faculta-se à pessoa retratada pleitear judicialmente, excepcionalmente em sede de tutela provisória liminar – cautelar ou satisfativa –, o impedimento de circulação da obra até que haja a supressão do trecho ilícito, ou, na hipótese de já ter havido a publicação da obra, a supressão do trecho em edições futuras, sem prejuízo, neste último caso, da reparação civil pecuniária.

⁷⁰⁷ Para maior aprofundamento, remetemos o leitor ao tópico 4.3.1, em que traçamos um panorama sobre o direito à informação na sociedade da informação, notadamente sobre a privacidade e o controle de dados pessoais.

5.3.4.1.1 Veracidade da informação

Quanto à veracidade da informação divulgada em biografias não autorizadas, esta, como já observado, está intimamente ligada à personalidade da pessoa retratada. Em se tratando de pessoa pública – agente público político ou pessoa pública que explora economicamente sua imagem como profissão –, reclama-se, tão somente, um dever razoável de cautela daquele que torna a informação pública.

É dizer, desde que haja um juízo de probabilidade de veracidade da informação, permite-se sua divulgação, ainda que da esfera privada ou íntima, eis que, como visto no tópico 5.2.4.1, a partir do momento em que agentes públicos políticos, no exercício pleno de sua autonomia privada, resolvem exercer funções de alta relevância pública ou explorar, como profissão, a sua imagem, automática e tacitamente, autorizam o uso, acesso e divulgação de informações ou dados, assim como se sujeitam a críticas e comentários que, em outras circunstâncias, seriam protegidos pela privacidade. A sociedade se torna uma espécie *Ombudsman*, em outras palavras, fiscal ou ouvidor da vida profissional e pessoal destas pessoas públicas.

O dever razoável de cautela daquele que divulga informações de pessoas públicas é aqui chamado de responsabilidade democrática do dever de informar. René Ariel Dotti, ao tratar de revelação de fatos ou acontecimentos relacionados a pessoas notórias, afirma haver um compromisso de se buscar a verdade da informação veiculada, livre de sensacionalismo, o que chama de “deveres de objetividade e de probidade intelectual.”⁷⁰⁸

A divulgação de informação colhida a partir de investigação criminal de órgãos do Poder Público, ainda que preliminar, já torna lícito o ato de trazê-la a público, ainda que, posteriormente, venha a ser infirmada na conclusão da investigação pré-processual (inquérito policial) ou no julgamento de eventual ação criminal. A licitude do ato, neste caso, parece clara, em razão da cautela razoável de se apurar a probabilidade de veracidade da informação divulgada.

⁷⁰⁸ DOTTI, 1980, p. 207.

E, caso a informação seja trazida a público a partir da colheita de indícios de prova pelo próprio autor da obra ou de outro meio de comunicação que divulga matéria informativa de natureza investigativa, através, por exemplo, de depoimentos de testemunhas não identificadas pela imprensa ou de outros meios de prova, aumenta-se a responsabilidade do meio de comunicação, de modo que, sendo posteriormente comprovada a sua falsidade, será sim o seu divulgador responsabilizado subjetivamente no âmbito civil e também no âmbito criminal, se presentes os seus requisitos.

A responsabilidade da Editora ou do autor da obra – biógrafo –, a nosso sentir, é subjetiva, e não objetiva, pelo que, para se configurar o ato ilícito, é imperioso comprovar o elemento subjetivo culpa. A relação jurídica existente entre editora, biógrafo e biografado não se assemelha à relação de consumo, ainda que se amplie a noção de consumidor por equiparação – *bystander* –, pois o conteúdo da obra não detém natureza jurídica de produto ou serviço. O produto ou serviço é a obra em si, comercializada ou posta à comercialização, e não trechos do livro ou da matéria divulgada. E mais, a relação entre Editora, biógrafo e biografado tampouco se enquadra nas hipóteses do artigo 932 do Código Civil.⁷⁰⁹

Quanto ao dever de se apurar razoavelmente a veracidade da informação divulgada – responsabilidade democrática do direito de informar –, não se exige um dogmatismo de verdade, até mesmo porque, em muitos casos, a sua comprovação restará prejudicada, dada a ausência de vestígio do fato, o decurso do tempo ou o próprio sigilo da fonte constitucionalmente protegido.

Havendo dúvidas quanto à veracidade do fato divulgado, por não se tratar de fato sujeito à investigação criminal de órgão do Poder Público, mas apenas fatos da vida privada do biografado, não constatada a criação infundada do fato ou a intenção difamatória do

⁷⁰⁹ Artigo 932 do Código Civil: São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

escritor, não há falar em ato ilícito e, por via reflexa, em supressão do trecho ou em dever de indenizar.

Em outro viés, revelando-se informação sabidamente inverídica, configura-se ato deliberado de difamação, escrito de forma irresponsável – não com finalidade informativa, mas sim deliberadamente difamatória –, sendo responsáveis civil e criminalmente tanto o autor da obra, quanto a sua editora pelo ilícito cometido. A responsabilidade civil da Editora e do biógrafo será subjetiva, devendo-se perquirir a intenção difamatória e a imperícia quando da apuração da fonte, porquanto, como já assinalado, a relação jurídica entre Editora, biógrafo e biografado não se adequa a nenhuma das hipóteses de responsabilidade objetiva do sistema jurídico vigente.

Não havendo evidência, em juízo de certeza, da ilegalidade praticada pela editora ou biógrafo, assegura-se ao biografado, por meio de tutela processual posterior, direito de resposta, retificação do trecho considerado ofensivo e direito à reparação civil pecuniária. Apenas excepcionalmente, quando evidente a ilegalidade praticada, deve-se tutelar a pretensão através de tutela judicial preventiva liminar – cautelar ou satisfativa, no sentido de impedir, temporariamente, a publicação da obra até que suprimido o trecho ilícito.⁷¹⁰

5.3.4.1.2 Interesse Público e Interesse Privado

Como já exposto neste trabalho, os espaços público e privado estão em constante mutação. O interesse público ou privado da informação altera-se de acordo com outras circunstâncias, sendo ele dinâmico, e não estático. É dizer, a personalidade notória do retratado pode fazer transformar uma informação, que estaria protegida pelo manto da privacidade, da intimidade ou do esquecimento, em uma informação historiográfica, necessária à construção da cultura e da memória coletiva. O que seria, pois, de interesse privado, torna-se de interesse público.

Brigas familiares, doenças diagnosticadas, gostos exóticos, características físicas ou comportamentos pessoais, embora, a princípio, sejam dados da esfera privada e íntima

⁷¹⁰ As tutelas processuais para assegurar proteção aos direitos da personalidade à esfera privada são retomadas.

da pessoa – não dotada de interesse público –, em se tratando de pessoas notórias, cuja trajetória interessa à coletividade, seja em razão do cargo público por ela ocupado⁷¹¹ tornam-se informações de interesse público.

A finalidade historiográfica de uma informação não se refere, tão somente, a dados objetivos retirados de livros narrativos, sem grandes adjetivações ou valorações, mas, antes, de interpretações, sob diversos ângulos sociológicos, filosóficos ou psicológicos, que, passam, invariavelmente, pela análise de comportamentos, de características físicas, boas ou ruins, de relações amorosas e/ou familiares dos protagonistas da história.

Não se quer dizer que, em qualquer circunstância, a pessoa pública estará desprovida de proteção quanto à sua esfera privada. O abuso poderá existir, mas deverá ser aferido de acordo com o grau de reprovabilidade da sociedade no tempo e no espaço em que fora divulgada a informação. Sergio Cavalieri Filho, relator de Agravo Regimental interposto contra decisão liminar proferida em Agravo de Instrumento que havia, por dois votos a um, autorizado a venda de obra biográfica do jogador Garrincha, votou pelo deferimento da ordem de busca e apreensão do livro por entender que:

Não se limitou o autor a relatar o futebol de Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente, foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando a sua imagem. [...] se tal não bastasse, atenta o livro ainda agressivamente contra a intimidade de Garrincha, trazendo a público relato de fatos de sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado, com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques.⁷¹²

A decisão do Desembargador não nos parece acertada na integralidade, primeiro porque obras biográficas, enquanto escritos que contam a trajetória existencial de alguém, utilizam-se de recursos de gêneros como o romance ou a ficção, visando interpretar e construir a história vivencial, a existência, a alma de uma determinada pessoa dentro de

⁷¹¹ É interesse da sociedade saber se o Presidente da República possui doença incurável ou se ele possui gostos exóticos ou nocivos à sua integridade física, por exemplo, pois qualquer resultado mais grave à sua saúde poderá retirá-lo temporária ou definitivamente do cargo, gerando instabilidade política e econômica no país.

⁷¹² Trecho mencionado no relatório do Ministro Cesar Asfor Rocha no Recurso nº 521.6997/RJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 521.697/RJ*, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16/02/2006, 4º Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/relatorio-e-voto-12903411>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

um determinado contexto histórico. Assim, exigir objetividade pura da narrativa é cercear o próprio pensar. Segundo, em se tratando de pessoa pública, tal como retratado, as informações veiculadas seriam consideradas de interesse da coletividade, com algumas exceções, tais como a descrição do órgão sexual do jogador. Terceiro, não justificaria a sua retirada integral da obra do mercado, por meio de medida cautelar de busca e apreensão. A resposta jurisdicional mais adequada, a nosso sentir, uma vez publicada a obra, seria a supressão do trecho considerado ofensivo em edições futuras e a reparação pecuniária de acordo com o grau da ofensa.

5.3.4.1.3 Legalidade do meio de obtenção da informação divulgada

A legalidade do meio de obtenção da informação divulgada em biografias não autorizadas ou em outros meios de comunicação social também deve ser sopesada pelo intérprete ao se aferir a licitude do ato e, por via reflexa, nortear eventual controle judicial do conteúdo da obra, assim como em eventual pedido de reparação civil pecuniária.

Na situação fática em que o biógrafo realiza densa pesquisa em documentos de arquivos públicos e privados ou na *Internet*, colhe entrevistas, realiza leituras e viagens, sem se utilizar de meios ilícitos para acessar e obter informações pessoais de pessoas públicas, interpreta fatos e constrói, ao final, uma biografia não autorizada, como resultado de sua livre produção intelectual, não se está diante de qualquer ato ilícito.

Em outra situação fática, na qual o biógrafo, comprovadamente, colhe informações protegidas legalmente por sigilo, sob o manto, a exemplo, da inviolabilidade de dados fiscais, de domicílio ou de correspondências pessoais, inclusive, digitais, invade a vida privada e a intimidade da pessoa, ainda que seja ela pública – ao se aplicar a lei de colisão –, a ilegalidade do meio de obtenção da informação torna o ato ilícito. Assim, a ilicitude do meio de obtenção da informação, para esta investigação, é precedente condicionado de peso à proteção da esfera privada, que, uma vez constatada, torna legítimo o controle judicial, liminar, excepcionalmente, desde que evidente a ilegalidade, ou posterior, via de regra, quanto ao conteúdo da obra biográfica.

5.3.4.1.4 Informações estabilizadas pelo passado (memória social): esquecimento

Vimos que o direito ao esquecimento, enquanto desdobramento do direito geral da personalidade, tem sido invocado para tutelar a privacidade na atualidade, como forma de autorrealização e autodeterminação pessoal, pela reconstrução da identidade e da personalidade social, o que, em muitas situações, se torna extremamente difícil dada a incalculável capacidade de armazenamento de informações pelos computadores e pela *Internet* nos dias atuais.

É certo que o direito ao esquecimento há de ser interpretado à luz da nova tutela da privacidade, sob o enfoque do acesso e do controle de dados – princípio do “*control of information about oneself*”⁷¹³. O direito ao esquecimento, no entanto, há de ser também limitado, restringindo-se, a nossas situações específicas, sendo ele uma regra de exceção, tal como já previsto no Código Penal, traduzido nos institutos da reabilitação e da anistia, no Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado no prazo máximo de negatização de cinco anos, ou, na própria construção jurisprudencial, por meio do direito à alteração de nome e de sexo registral dos transexuais, com ou sem realização de transgenitalização.

No campo do controle de dados digitais, dada a facilidade de acesso a informações e o alto grau de danos à esfera privada da pessoa, defendemos o direito ao esquecimento como instrumento hábil a compelir os buscadores da *Internet*, quando instados a fazê-lo pela via judicial ou extrajudicial, a desvincular dos seus provedores algoritmos que permitam associar o nome da pessoa a informações que atingem a sua honra ou imagem quando alcançadas pela estabilização do passado, sob pena de responsabilidade civil objetiva. Esquecimento ou “estabilização do passado” são conceitos indeterminados, extremamente fluídos, cuja concretização demanda interpretação. Fatos relacionados à prática de crimes, cuja pena já tenha sido integralmente cumprida pelo condenado desde que também satisfeitos os requisitos legais da reabilitação penal e decorrido o prazo de cinco anos para fins de reincidência⁷¹⁴, poderão ser objetivo de desvinculação

⁷¹³ RODOTÀ, 2008, p. 46.

⁷¹⁴ Código Penal. Art. 63. Condições objetivas: decurso de 2 (dois) anos do dia em que for extinta e ressarcimento do dano causado pelo crime, o qual pode ser relevado pela demonstração da absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou pela renúncia da vítima. Condição subjetiva: bom comportamento público e privado. Código Penal. Art. 64: Para efeito de reincidência: I - não prevalece a

automática de determinadas expressões de busca. No âmbito civil, aplicam-se, analogicamente, as hipóteses já reconhecidas pelo Direito como causas de supressão de registro pelo decurso do tempo, tais como o decurso de cinco anos para a extinção de débitos civis ou a alteração de nome e de sexo registral de transexuais por determinação judicial.

Não é dizer que o fato nunca mais poderá ser consultado e que qualquer forma de divulgação da informação passada é ato ilegal passível de responsabilidade civil. Entendemos que, nestes casos não exaustivos, deve haver uma desvinculação de algoritmos que, por mera referência a algumas expressões difamatórias ou injuriosas, remetem automaticamente ao nome da pessoa retratada.

Em se tratando de biografias não autorizadas, dado que o acesso à informação veiculada na obra não é tão fluída e célere como a informação postada da *Internet* e por se tratar de obra com natureza historiográfica, o direito ao esquecimento não há de prevalecer sobre a liberdade de informação e de expressão, em sentido amplo, não havendo falar em direito à retificação, à supressão do conteúdo ou à reparação civil pela sua divulgação ainda que se trate fato passado que, de alguma forma, afete a honra ou a imagem da pessoa retratada.

5.3.5 A proteção processual dos direitos da personalidade

Uma das grandes preocupações do direito constitucional contemporâneo, sob as novas vestes da constitucionalização, é combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, conferindo-lhe sempre aplicabilidade. No campo do direito processual-constitucional, a preocupação consiste em conferir eficácia à prestação jurisdicional, outorgando ao jurisdicionado uma resposta do Estado-Juiz em tempo de duração razoável do processo, sem olvidar para as garantias indispensáveis a todo Estado Constitucional de Direito, que preze por um sistema processual com paridade de armas

condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 dez. 1940.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

substancialmente isonômico e imparcial.

Cresce, como não antes, a noção de que justiça tardia não é justiça, porquanto ineficaz. Não por outra razão, o Constituinte, no exercício do seu poder de reforma, visando a dar maior concretude à norma do artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica⁷¹⁵, do qual o Brasil é signatário desde 19/08/1978, ratificado pelo direito interno desde 1992, erigiu à condição de direito fundamental, no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, a norma segundo a qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁷¹⁶

Nesse sentido, observam Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho que a efetividade das decisões judiciais na defesa da personalidade repousa em dois alicerces básicos: a) garantia de acesso ao Judiciário; b) obtenção de justiça real.⁷¹⁷ A garantia do acesso ao Judiciário está ligada à teoria do acesso à justiça – tema amplamente debatido pelo direito processual contemporâneo – atrelado diretamente à garantia *prima facie* da inafastabilidade da jurisdição, positivada no artigo 5º, XXXV⁷¹⁸, e às garantias também *prima facie* da justiça gratuita⁷¹⁹ e da assistência jurídica gratuita⁷²⁰, ambas positivas no artigo 5º, LXXIV⁷²¹, da Constituição Federal de 88.

A justiça real, lado outro, refere-se, na lição de Dinamarco, à missão pacificadora e

⁷¹⁵ Artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos: Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhistas, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁷¹⁶ Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁷¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 16.

⁷¹⁸ Artigo 5º, XXXV, da CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷¹⁹ Justiça gratuita refere-se à isenção do pagamento de taxas judiciárias incidentes em qualquer fase do processo, seja para distribuição, citação, produção de prova ou interposição de recurso.

⁷²⁰ A assistência judiciária gratuita refere-se a serviço público prestado pelo Estado (União e Estados-Federados) através da Defensoria Pública da União e dos Estados, instituição essencial à função jurisdicional, dotada de autonomia funcional e administrativa, àqueles que comprovadamente forem considerados processualmente hipossuficientes. Sobre os critérios para aferição de hipossuficiente em âmbito federal, conferir a Resolução nº 85/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União.

⁷²¹ Artigo 5º, LXXIV, da CF/88: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

social do Estado, que deve eliminar conflitos mediante critérios justos.⁷²² A nosso sentir, a justiça real refere-se à justiça eficaz, prolatada em tempo razoável, o que passa, invariavelmente, pela consagração de meios processuais capazes de acautelar direitos ou de satisfazê-los provisoriamente, isto é, ainda que no curso processual.

No campo das biografias não autorizadas, é possível tutelar a esfera privada da personalidade de forma preventiva, é dizer, antes da ocorrência de qualquer dano, apenas pela ameaça de lesão, ou de forma repressiva, após a ocorrência de algum dano, desde que constatado o ato ilícito.

Vejamos em que consistem estes dois principais instrumentos de proteção dos direitos da personalidade.

5.3.5.1 A tutela preventiva provisória

A tutela preventiva, como já assinalado, é aquela que tem por objetivo afastar a simples ameaça a direito. Pela tutela preventiva, entende-se que à parte deve-se garantir instrumentos que impeçam, antecipadamente, a lesão ao bem jurídico tutelado e, neste particular, à sua integridade moral – privacidade, honra, imagem e esquecimento –, pois, em se tratando de direito imaterial, extrapatrimonial, as tutelas repressivas são teriam o condão de restabelecer o *status quo ante* – postulado que norteia a teoria da responsabilidade civil –, segundo o qual aquele que pratica ato ilícito e causa dano a outrem tem o dever de reparar e de restabelecer a situação jurídica anterior, anulando, sempre que possível, os efeitos de seu ato.

A tutela preventiva é comumente associada à tutela específica, isto é, aquela tutela singular, capaz de atender exatamente à proteção que a parte espera do Estado. Assim, visando a justamente garantir esta justiça real, consagrada na tutela preventiva ou específica, outorgada em tempo razoável, é que o direito processual civil confere ao Estado-Juiz a possibilidade de proferir decisões/tutelas provisórias.

A tutela judicial provisória tem por objetivo principal abrandar os efeitos perniciosos do

⁷²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

tempo do processo, pois, enquanto se aguarda o desfecho final demanda, é possível que a lesão ao bem jurídico, ao qual se almeja proteção, já tenha ocorrido de tal forma que pouca ou nenhuma eficácia terá a prestação jurisdicional final. Como já dito, justiça tardia não é justiça. Assim, a tutela provisória visa minimizar os efeitos nefastos da duração do processo, garantindo ou o seu resultado prático – utilidade final do processo –, o que, aliás, se atinge através de medidas cautelares⁷²³, ou antecipando provisoriamente a própria tutela definitiva, o que se atinge através das chamadas tutelas antecipadas.⁷²⁴

Segundo, ainda, a lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira, as tutelas provisórias de urgência (satisfativa ou cautelar), pressupõem a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC). E a tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fatos estão comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do artigo 311 do CPC.⁷²⁵

Há de se observar, ainda, que a tutela provisória pode ser de natureza liminar, isto é, deferida sem a oitiva da parte contrária, ou não liminar, após a manifestação da parte contrária, no curso regular da demanda, inclusive em fase recursal, em obséquio à garantia do contraditório.

Aqui, interessa-nos investigar esta tutela judicial provisória⁷²⁶ em sentido amplo, cautelar ou satisfativa⁷²⁷, que, atendendo a pedido do biografado ou de familiares, na

⁷²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela revisória*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 562. Segundo os autores, “a tutela cautelar não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.”

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 570.

⁷²⁵ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit. Segundo os autores “A urgência pode servir de fundamento à concessão de tutela provisória cautelar ou satisfativa (arts. 294, parágrafo único, e 300, CPC). A evidência, contudo, só autoriza a tutela provisória satisfativa (ou simplesmente “tutela antecipada”, metonímia legislativa (arts. 294 e 311, CPC)”

⁷²⁶ Vale anotar que o pedido de tutela provisória pode ser formulado em qualquer rito procedimental – sumariíssimo, sumário ou ordinário, inclusive em fase recursal. Pela necessidade de produção de prova mais complexa, via de regra, tutelas provisórias que visam à suspensão de publicação ou comercialização de obras biográficas devem se sujeitar ao rito ordinário.

⁷²⁷ A natureza cautelar ou satisfativa do pedido de suspensão da publicação ou da comercialização de obra biográfica variará de acordo com a pretensão do caso concreto.

hipótese de biografias póstumas, ou de terceiros, incidentalmente retratados na obra não autorizada, determina, a suspensão da publicação ou da comercialização de obra biográfica não autorizada.

Duas interrogações principais surgem ao se falar em tutela processual provisória no âmbito de biografias não autorizadas. A primeira é: a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa (tutela antecipada), que determina a suspensão da publicação ou da comercialização de obras biográficas não autorizadas, configura censura privada? A segunda é: a tutela provisória é o meio eficaz de se tutelar os direitos da personalidade à integridade moral e, em última análise, a dignidade da pessoa humana?

Feitas estas observações, vale notar que tutela civil provisória, cautelar ou satisfativa (antecipação da tutela definitiva ou tutela antecipada), há muito já é utilizada no direito civil para resguardar direitos da personalidade, tendo sido instrumento de relevo para a garantia da propriedade intelectual, protegendo o direito autoral (obras literárias, filmes, desenhos artísticos, nome comercial, desenhos industriais, invenções e marcas) no combate ao plágio e à pirataria.⁷²⁸

Atualmente, parece certo que todos os instrumentos processuais, cautelares ou satisfativos, nominados ou inominados, em especial quando cresce a teoria do poder geral de cautela⁷²⁹, podem ser utilizados para impedir ou cessar lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade. Essa foi a intenção originária do legislador ao

⁷²⁸ BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 17-18. Sobre a tutela de direitos autorais, referem-se os autores às ações cautelares (artigos 796 e ss do CPC), com especial relevo a ação de busca e apreensão (artigos 839 e ss do CPC), que retira de circulação o material lesivo, cessa *incontinenti* a lesão a direito e permite a posterior reclamação de perdas e danos em ação autônoma, a ação de sequestro (artigos 822 e ss. do CPC), notificações, protestos, interpelações, (artigos 867 e ss.) e à ação de prestação de contas (artigo 914, CPC).

⁷²⁹ O direito processual civil, sob as lentes repaginadas das normas constitucionais, tem ampliado o poder geral de cautela como também tem tornado fungíveis e sincréticas as tutelas antecipadas (satisfativas) e as medidas cautelares com o escopo de garantir o resultado útil e, sempre que possível, a tutela específica pretendida. Nesse sentido, conferir as normas dos artigos 273, § 7º, 461-A e 798, ambos do CPC. Artigo 273, § 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Artigo 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Artigo 798: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

positivar no artigo 21, do Código Civil, a regra, segundo a qual “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Não há como afastar a conclusão de que a tutela de urgência serve, na essência, para garantir a concretização da dignidade humana, na medida em que os direitos personalíssimos, por serem imateriais, extrapatrimoniais, uma vez violados, não podem ser restabelecidos *in natura*, mas, tão somente, mitigados os seus efeitos pela reparação civil.

A constitucionalidade do artigo 21 é incontestada quando se depara com situações claras de violação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, ao se realizar um Juízo de ponderação, o que chamamos, em contraposição à expressão usada por *Dworkin*, de “*easy cases*”. Assim, quando se utiliza de uma fotografia alheia sem autorização, em anúncio publicitário, quando se divulga obra intelectual sem lhe atribuir a autoria real, ou quando se divulga imagens da vida íntima de alguém obtidas de forma ilícita, a tutela provisória, cautelar ou satisfativa, torna-se o instrumento eficaz de proteção da pessoa humana.⁷³⁰

Em se tratando de obras biográficas não autorizadas ou de divulgação de matéria informativa por meios de comunicação social, a concessão de tutela provisória preventiva – cautelar ou satisfativa –, também é possível, no entanto como medida excepcional os requisitos para o seu deferimento devem ser aferidos com bastante cautela. É dizer, torna-se indispensável aferir as precedências condicionadas referidas no tópico 5.2.4, pois será cabível apenas se presente evidente ilegalidade do conteúdo divulgado, seja por se tratar de informação sobre pessoa não pública – agente público

⁷³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento n° 8256937/PR*, Acórdão, 9ª Câmara Cível, rel. Francisco Luiz Macedo Junior, j. 09/02/2012. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21415306/8256937-pr-825693-7-acordao-tjpr>>. Acesso em: 10 nov. 2015. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA - CAUTELAR PARA OBSTAR A PUBLICAÇÃO, IMPRESSÃO E/OU VINCULAÇÃO DE MATÉRIA CONTENDO O NOME E/OU A IMAGEM DO AUTOR/AGRAVADO - PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO, A FIM DE EVITAR FATOS NOVOS QUE POSSAM CARACTERIZAR ATENTADO - MEDIDA CAUTELAR QUE NÃO SE CONFUNDE COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - VIOLAÇÃO DA IMAGEM E DA HONRA: QUESTÃO DE MÉRITO A SER ANALISADA POSTERIORMENTE - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - A liberdade de imprensa e o direito à imagem são garantias constitucionalmente asseguradas, cabendo ao aplicador do direito, no caso concreto, encontrar o ponto de equilíbrio quando estes dois princípios entrarem em conflito, definindo qual deles deve prevalecer.

não político, equiparado à pessoa anônima, pessoa que não explora economicamente da sua imagem como profissão, direta ou indiretamente, ou pessoa que intencional ou involuntariamente tenha se envolvido em caso de grande repercussão nacional –, seja por se tratar de informação manifestamente inverídica ou obtida por meio comprovadamente ilícito,

Cumpra observar que as tutelas provisória ou definitiva, proferidas em cognição sumária ou exauriente de mérito, não serão capazes de impedir, em definitivo, a circulação da obra, devendo se cingir à supressão dos trechos tidos como ofensivos e a fixação da reparação pecuniária pelo dano à pessoa (dano moral) viva ou *post-mortem*.

Em qualquer situação, ao meio de comunicação social e ao biógrafo, ao exercer a sua liberdade de informação jornalística ou de imprensa, compete observar a responsabilidade democrática que decorre do seu poder-dever de informar com zelo, com probidade, incidindo sobre ele todo o ônus de eventual abuso por meio de tutela preventiva ou repressiva: direito de resposta, supressão de trecho ou reparação civil pecuniária.

Há de se ressaltar que a responsabilidade civil do biógrafo por eventual abuso, dada a própria natureza romanceada do gênero literário biográfico, é, em maior grau, mitigada quando comparada à dos demais meios de comunicação social.

A tutela preventiva provisória, abstratamente deferida, sem se aferir o conteúdo concreto da informação veiculada, à luz das precedências condicionadas às quais nos referimos no tópico 5.2.4, não se revela, para esta investigação, o instrumento mais consentâneo com os valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, pois a tutela específica de suspensão de obra, por completo, aniquila a liberdade de expressão, não sendo capaz de ultrapassar o juízo de proporcionalidade em sentido estrito consistente na relação meio *versus* fim, dada a supressão, no caso concreto, da liberdade de informação, também tida como direito ou “sobredireito”⁷³¹ da personalidade, de natureza transindividual, também concretizadora do princípio ético-jurídico da dignidade humana.

⁷³¹ Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da ADPF n° 130-DF de sua relatoria.

Gilmar Mendes e Paulo Branco observam que se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. E ressaltam que não há porque cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental para somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Ao se reconhecer o direito à indenização, para eles, “significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo antes de ser consumado o dano”⁷³²

Nesse sentido, também é a posição de Ricardo Guimarães Duarte, para quem há de se proteger, em primeiro plano, o direito da personalidade através de tutela inibitória como forma de proteção à dignidade da pessoa, para, posteriormente, se aferir eventual abuso de direito por parte do biografado, a justificar o ressarcimento material do biógrafo e a publicação da obra.⁷³³

A interrogação que se faz relativa à tutela preventiva provisória (cautelar ou satisfativa) é: impedir ou suspender a comercialização de obras biográficas configura censura privada? É sobre este problema que nos propomos ora a tratar.

5.3.5.1.1 Tutela provisória e censura privada

Na lição de Gilmar Mendes e Paulo Branco, censura, segundo o texto constitucional, significa uma ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem.⁷³⁴ Esta é, de fato, uma das acepções possíveis de censura, a qual era exercida, inicialmente, por agentes do governo que analisavam, preventivamente, antes da sua divulgação ao público, o conteúdo de matérias jornalísticas, peças de teatro, programas audiovisuais, letras de música ou qualquer outra forma de exteriorização do pensamento, impedindo ou suprimindo trechos considerados impróprios, subversivos à

⁷³² O STF, por maioria, manteve liminar concedida na Justiça Estadual que proibia veículo de comunicação de publicar áudio de conversas telefônicas gravadas ilegalmente que apontaria o envolvimento de político com atos ilegais. MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 280. Nesse sentido, conferir Pet. 2.702, j. 19/03/203, rel. min. Sepúlveda Pertence.

⁷³³ GUIMARÃES, 2015.

⁷³⁴ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 265.

ordem jurídica vigente.

Na atualidade, contudo, a censura já não é mais a mesma. Já não se fala tanto em censura enquanto intervenção estatal, mas, antes, em censura como resultado de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação que acabam por impedir a manifestação de minorias, levando ao “efeito silenciador do discurso”⁷³⁵ e à homogeneização cultural. Já se fala, outrossim, em censura legislativa, censura particular ou privada e censura judicial.

Na lição de Augusto César Belluscio, censura judicial é “[...] la censura imposta por via de una resolución o sentencia judicial fundada en ley [...]”.⁷³⁶ Canotilho, por sua vez, obtempera que um conceito ainda mais amplo de censura envolve os atos judiciais, que, a princípio, também não podem proibir a comunicação de mensagens e informações ou a circulação de obras, embora esta proibição não seja absoluta, dado que, não sendo liberdade de expressão tampouco um direito absoluto, em algumas hipóteses extremas, pode ser admissível a proibição de manifestações que atentem gravemente contra outros bens jurídicos constitucionalmente protegido. E afirma que, sob pena de forte presunção de inconstitucionalidade, diante da importância da liberdade de expressão no nosso regime constitucional, deve-se reservar apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de intervir neste campo para decretar tais proibições, nas situações absolutamente excepcionais em que forem constitucionalmente justificadas.⁷³⁷

A Ministra Cármen Lúcia sinaliza que censura costuma ser lembrada em relação ao ilegítimo e perverso atuar do Estado, mas esta prática, comum em regimes autoritários ou totalitários, não é, contudo, exclusividade do Estado. A censura permeia as relações sociais, propagando-se nas circunstâncias próprias da vida, recortando a história, reinventando o experimentado, pessoal ou coletivamente, omitindo fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. E observa:

⁷³⁵ GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Liberdade de informação jornalística e o papel circundante do Estado*. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 20.

⁷³⁶ BELLUSCIO, Augusto César. *La censura judicial*. Anuário de derecho constitucional latino americano, 2006. p. 953. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr15.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

⁷³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 275.

“Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar, o pensado e o sentido. Democracia deveria escrever censura com s em seu início: semsura...”⁷³⁸

Manoel Jorge e Silva Neto, em sentido contrário, defende que a atuação do Poder Judiciário ao resolver em definitivo um conflito social não configura censura privada, e pontua “não há como suster no Brasil, após a Constituição de 1988, a denominada censura administrativa, mas nada obsta que o Poder Judiciário, na tarefa de proteção dos direitos fundamentais, dirija legitimamente restrição à liberdade”.⁷³⁹

É certo que a censura hoje possui contornos outros, sendo a sua prática não mais restrita aos órgãos de controle do Poder Executivo, sendo, antes, traduzida, de forma velada, muitas vezes, pelo monopólio ou oligopólio dos grandes canais de comunicação, por práticas de grandes corporações econômicas ou pela edição de leis governamentais que impedem ou limitam o acesso à informação e a divulgação de ideias, e, até mesmo, pela própria manifestação do Poder Judiciário, que, ao realizar juízos de interpretação, também restringem, de forma desproporcional, a liberdade de expressão.

De volta às biografias não autorizadas, o julgamento de mérito da ADI 4815-DF, pelo STF, consolidou o entendimento interpretativo de que não se deve condicionar a autorização prévia do biógrafo ou de seus familiares à publicação da obra. Contudo, ao reafirmar a proteção dos direitos da personalidade, deixou em aberto a possibilidade daquele que se sentir prejudicado buscar a via judicial, preventiva ou repressiva, para obter a supressão ou a retificação de trecho ofensivo, o direito de resposta ou a reparação civil pecuniária pelos danos suportados.

E aqui voltamos novamente ao mesmo problema, pois, antes ou após publicação da obra, é cabível a tutela judicial provisória preventiva, visando ao impedimento da publicação ou retirada da obra do mercado, não mais ao argumento de ausência de consentimento prévio, mas de violação à imagem, à honra ou à privacidade? A resposta é, via de regra, não é possível impedir a publicação ou retirada da obra do mercado,

⁷³⁸ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815-DF, p. 47. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁷³⁹ SILVA NETO, 2013, p. 279.

mas, excepcionalmente, sim, é possível. Esta, aliás, é uma das controvérsias não extintas com a decisão do STF na ADI 4815/DF. Explicamos.

Desde que haja manifesta ilegalidade do conteúdo há ser divulgado em obra biográfica ou em matéria informativa a ser divulgada por meios de comunicação em geral, de acordo com os parâmetros interpretativos sugeridos no tópico 5.2.4⁷⁴⁰ desta pesquisa, poderá ser, excepcionalmente, deferida medida provisória preventiva, a fim de obstar a publicação da obra enquanto não suprimido o trecho ofensivo.

Havendo dúvida sobre a ilicitude da informação, há de se permitir o exercício regular da liberdade de expressão, diferindo a análise definitiva para a cognição exauriente de mérito após a regular instrução processual. Neste caso, com base nas precedências condicionadas abordadas no tópico 5.2.4, isto é, ser a informação divulgada referente à pessoa não pública, ou, ainda que pública, ser a informação manifestamente inverídica ou descontextualizada, não deter a informação qualquer interesse público direto nem indireto⁷⁴¹, ou ter a informação sido obtida por meio ilícito, é possível que o Estado-Juiz possa determinar a supressão de trechos considerados ofensivos da obra biográfica, mas não a sua retirada definitiva do mercado.⁷⁴²

5.3.5.2 A tutela repressiva e a proteção da esfera privada

Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4815-DF, cujos efeitos, aliás, são vinculantes, no sentido de que a publicação de obras biográficas prescinde de autorização do biógrafo, de seus familiares ou de pessoa incidentalmente retratada e, nas situações em que não resta demonstrada a ilegalidade manifesta do conteúdo a ser divulgado em obras biográficas a justificar a medida excepcional da tutela provisória preventiva – cautelar ou satisfativa –, cabe investigar os instrumentos

⁷⁴⁰ A ilegalidade do conteúdo a ser divulgado estará presente se se tratar de informação sobre pessoa não pública – agente público não político (equiparado à pessoa anônima), pessoa que não explora economicamente da sua imagem como profissão, direta ou indiretamente, ou pessoa que intencional ou involuntariamente tenha se envolvido em caso de grande repercussão nacional –, ou se tratar de informação manifestamente inverídica ou obtida por meio comprovadamente ilícito.

⁷⁴¹ Neste caso, como já observado, o interesse público é dinâmico, sendo atraído pelo simples fatos de se tratar a informação de pessoa pública.

⁷⁴² Como exemplo, a divulgação de um relacionamento amoroso descoberto ao furtar o celular de uma pessoa pública e acessar as fotos nele gravadas.

processuais repressivos capazes de tutelar a reparação civil, na hipótese de abuso do poder-dever de informação.

A tutela repressiva, por uma conclusão lógica, ocorre após a consumação da conduta que, em algum grau, gerou lesão ao direito da personalidade do ofendido. A tutela repressiva será, portanto, aquela proferida pelo Poder Judiciário após a publicação da obra biográfica, não com o objetivo de evitar ou cessar a lesão, mas sim reparar o direito violado, traduzindo-se em reparação não pecuniária – direito de resposta, retratação pública ou supressão de trechos ofensivos –, e a reparação pecuniária.

5.3.5.2.1 A reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais: o direito de resposta, a supressão de trechos ofensivos e a retratação pública

Novos contornos têm permeado a reparação de danos extrapatrimoniais no atual campo da responsabilidade civil. É certo que a reparação pecuniária do dano à pessoa, comumente chamado de dano moral, ainda ocupa papel de protagonista na reparação civil, em razão, sobretudo, da origem histórica patrimonialista da responsabilidade civil, o que, na visão de Pietro Perlingieri, cria a falsa percepção na sociedade de que a todos é autorizada a lesão a direitos existenciais desde que estejam dispostos a arcar com o preço dela decorrente.⁷⁴³

Visando combater a cultura da mercantilização e da quantificação de toda e qualquer lesão a direito existencial, pleiteadas, muitas vezes, através de demandas frívolas⁷⁴⁴, calcadas em danos *in re ipsa*⁷⁴⁵ e na mitigação do nexu causal⁷⁴⁶, é que se tem incentivado a tutela reparatória não pecuniária a danos também extrapatrimoniais, dentre outros meios, através do direito de resposta, da supressão de informações ou de

⁷⁴³ PERLINGIERI, Pietro *apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196.

⁷⁴⁴ Para maior aprofundamento sobre o tema, conferir SCHREIBER, 2013, p. 187-211.

⁷⁴⁵ Dano presumido, isto é, que não necessita ser provado ou que “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de modo que demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83.

⁷⁴⁶ Tem-se comumente flexibilizado a comprovação do nexu causal na tentativa de reparar a vítima, pulverizando ou diluindo entre toda a sociedade o ônus econômico da reparação civil. A ideia é repartir os custos da reparação civil socialmente em contrapartida reparar o maior número de pessoas possível. Assim, a responsabilidade civil, sob o prisma do nexu causal flexível, tende a adotar a Teoria da Equivalência de Condições ou *Sine Qua Non*, realizando uma conexão entre a conduta antecedente e o dano, a fim de justificar a responsabilidade civil.

trechos de conteúdos ofensivos e da retratação do ofensor, que assumem, aliás, dupla função constitucional e, por via reflexa, dimensão coletiva, em contraposição à dimensão clássica de direito individual, ao, não apenas reafirmar a proteção dos direitos da personalidade à integridade moral, mas também garantir à coletividade o acesso à informação verdadeira, exata, precisa, longe de sensacionalismos do *show business* midiático.⁷⁴⁷

E direito de resposta, supressão de informações ofensivas e retratação do ofensor, enquanto instrumentos de proteção dos direitos da personalidade à integridade moral, decorrem diretamente da norma constitucional (artigo 5º, V), cuja aplicabilidade é imediata, pelo que independem de lei que o regulamentem, sobretudo após a revogação da Lei de Imprensa. A publicação de resposta, a supressão de trechos ofensivos ou de retratação do biografado em meios de comunicação de grande circulação, caso comprovado o abuso do poder-dever de informar, é perfeitamente possível de se impor como obrigação de fazer, sendo o seu descumprimento passível de *astreinte*⁷⁴⁸. Nesse sentido, posicionou-se o Ministro Carlos Ayres Brito quando do julgamento da ADPF nº 130-DF.⁷⁴⁹

Vital Moreira, professor da Universidade de Coimbra e antigo Juiz do Tribunal Constitucional português (1983-1989), adverte que o direito de resposta possui uma pluralidade de funções, por ele assim identificadas: (i) o direito de resposta como “defesa dos direitos de personalidade”; (ii) o direito de resposta como “direito individual de expressão e de opinião”; (iii) o direito de resposta como “instrumento de pluralismo informativo”; (iv) o direito de resposta como “dever de verdade da

⁷⁴⁷ Nesse sentido, posicionou-se o Ministro Celso de Mello, em seu voto, no julgamento do *RE* nº 683.751/RS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 683.751/RS*, rel., Celso de Mello, j. 24/06/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_683751.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015. (Informativo STF nº 792)

⁷⁴⁸ Multa por descumprimento de obrigação de fazer.

⁷⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*, rel. Min. Ayres Britto, j. 30.4.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jun. 2015. “EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, ‘de eficácia plena e de aplicabilidade imediata’, conforme classificação de José Afonso da Silva. ‘Norma de pronta aplicação’, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.”

imprensa”; (v) o direito de resposta como “uma forma de sanção *“sui generis”*, ou de “indenização em espécie”.⁷⁵⁰ Dentre as múltiplas funções do direito de resposta, o autor obtempera as duas para ele mais relevantes: “[...] a defesa dos direitos de personalidade (ou, mais genericamente, de um “direito à identidade”) e a promoção do contraditório e do pluralismo da comunicação social.”⁷⁵¹

Esquemáticamente, segundo Vital Moreira, o direito de resposta satisfaz dois objetivos: (a) proporciona a todos os que se considerem afetados por uma notícia de imprensa um meio expedito, simples e não dispendioso de defender a sua reputação ou de fazer a valer a sua verdade acerca de si mesmo; (b) permite a difusão de versões alternativas, facultando desse modo ao público o acesso a pontos de vista divergentes ou contraditórios sobre o mesmo assunto.⁷⁵²

O Ministro Celso de Mello, citando Gustavo Binbenbojm, por sua vez, no julgamento do *RE n° 683.751/RS*, destaca que o direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. Para ele, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre fatos e questões do interesse de toda a sociedade, pelo que o exercício do direito de resposta não deve se limitar à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas, antes, deve ser elasticado para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. É dizer, o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa *“collaborative media”*, através da qual o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista.⁷⁵³

O direito de resposta, a retratação pública, a justificação, a supressão de informação ofensiva ou de trechos de obras biográficas, de matérias jornalísticas, ou outro meio não

⁷⁵⁰ MOREIRA, Vital. *O Direito de Resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 24-32.

⁷⁵¹ Ibid., p. 32.

⁷⁵² MOREIRA, loc. cit.

⁷⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 683.751/RS*, rel., Celso de Mello, j. 24/06/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_683751.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015. (Informativo STF n° 792)

pecuniário de tutela dos direitos da personalidade são capazes também de produzir efeitos reparatórios ao biografado, especialmente quando não se apurar, em cognição exauriente de mérito, a comprovação de lesão (*rectius*), sendo ela aferível apenas *in re ipsa*.

E mais, o direito de resposta há de ser garantido àquele que, em algum grau, se sentiu lesado em sua esfera privada – honra, imagem, privacidade, esquecimento –, pela informação divulgada, ainda que, no campo da responsabilidade civil, não se preencham os requisitos do ato ilícito. Em outras palavras, a proteção positiva dos direitos da personalidade, cujo exercício se adequa à visão contemporânea de acesso e controle da privacidade, contrapondo-se, aliás, à visão clássica do exercício meramente negativo, sobretudo, quando se depara com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, outorga à pessoa – como instrumento de tutela de sua dignidade –, o direito de resposta, incluindo o direito de justificação da informação tornada pública, não apenas na hipótese de ato ilícito, mas também em razão da prática de ato lícito do meio de comunicação ou do biógrafo.

Em consonância parcial com o quanto ora proposto, promulgou-se, em novembro de 2015, a Lei 13.188/05, que, regulamentando o artigo 5º, V, da Constituição Federal, assegura às pessoas físicas e jurídicas, desde que exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias a contar do agravo, independentemente de prévia retratação ou retificação espontânea, o direito de resposta ou de retificação judicial, na hipótese de ofensa por qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, publicação ou transmissão, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem da pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação⁷⁵⁴.

Neste particular, vale observar que o direito de resposta e de retificação, pelo novo regramento legal, seguirá rito procedimental especial. Deverá a parte que se sentir prejudicada requerer extrajudicialmente o exercício do direito de resposta ou de retificação. Apenas na hipótese de negativa ou de decurso do prazo de 7 (sete dias) sem manifestação do veículo de comunicação, o pedido poderá ser apresentado

⁷⁵⁴ Nesse sentido, conferir artigos 2º, §§1º e 3º, 3º e 4º da Lei nº 13.188/05. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em: 04 jan. 2015.

judicialmente, seguindo, a partir daí, rito específico, com prazos essencialmente curtos a anteder os relevantes bens jurídicos envolvidos, É dizer, recebido em juízo o pedido de resposta ou de retificação, será a parte contrária citada para no prazo de 24 (horas) indicar as razões pelas quais não assegurou o direito de resposta ou pelas quais não procedeu à retificação pleiteada ou, ainda, sendo o caso, apresente contestação.⁷⁵⁵

Decorridas 24 horas seguintes à citação, o Juízo, com ou sem manifestação da parte requerida, conhecerá da ação e, presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e de justificado receio de ineficácia do provimento jurisdicional, poderá determinar, como medida processual provisória, as condições e a data para o exercício do direito de resposta ou para a retificação da informação. A sentença de mérito final será proferida em prazo não inferior a 30 dias.⁷⁵⁶ A suspensão dos efeitos da decisão, liminar ou definitiva, proferida pelo Juízo *a quo* somente poderá ocorrer por decisão de órgão colegiado de Tribunal *ad quem*, e não monocraticamente por relator de eventual recurso.⁷⁵⁷

A promulgação da Lei 13.188/05 representa importante avanço legislativo na tentativa de se colmatar as lacunas, até então existentes, pelo insuficiente regramento previsto no Código Civil, quanto à tutela do direito de resposta e a proteção à esfera privada da personalidade. O rito procedimento especial com prazos assaz céleres, não suspensos por férias forenses, demonstra a premente preocupação da sociedade com a proteção tempestiva da personalidade humana, sem, por outro lado, restringir, desproporcionalmente, a liberdade de expressão. É bem verdade que, em alguns pontos específicos, o legislador infraconstitucional trouxe regramento materialmente inconstitucional, tal como exigência de decisão colegiada para suspensão liminar de efeitos de decisão monocrática de juízo em grau inferior. Não por outra razão, o Ministro Dias Toffoli, em decisão liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5415, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, determinou a suspensão do artigo 10 da Lei 13.188/15, no sentido de afastar a referida

⁷⁵⁵ Conferir artigo 6º da Lei nº 13.188/05.

⁷⁵⁶ Conferir artigos 7º e 9º da Lei nº 13.188/05.

⁷⁵⁷ Conferir artigo 10, da Lei nº 13.188/05.

exigência de decisão colegiada para suspensão do direito de resposta⁷⁵⁸.

Não bastasse, visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 3º, artigo 5º, §§ 1º e 2º, e artigos 6º e 7º da referida Lei, tramita no STF a ADI 5436-DF, ajuizada pela Associação Nacional de Jornais ANJ, a qual sustenta que tais regras violam dispositivos constitucionais ao permitir publicação repetida de resposta quando isso já tiver ocorrido de forma espontânea, além de que representam cerceamento ao direito de defesa e de contraditório das empresas de comunicação, por colocarem o autor da ação em vantagem processual.⁷⁵⁹

O fato é que, dado o recente tratamento conferido pela Lei 13.188/15 ao direito de resposta e de retificação – feitos os devidos aparos interpretativos –, é factível aduzir que a substituição gradativa do paradigma de que a reparação civil resulta sempre em dinheiro abre portas para a sedimentação dos atuais valores da despatrimonialização, da desmonetização ou da despeculiarização da responsabilidade civil e, em última análise, do direito privado. Mas não se deve, em contrapartida, autorizar que a tutela não pecuniária seja subvertida e transformada em instrumento de absolvição monetária, deixando a pessoa à mercê de uma tutela eficaz – o que reclama também uma devida cautela –, pois, em muitos casos, a reparação extrapatrimonial não será, de fato, suficiente para reparar o dano extrapatrimonial vivenciado.

5.3.5.2.2 A reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais

A reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais ingressa no campo patrimonial clássico da responsabilidade civil. No campo das biografias não autorizadas, dada a liberdade de informação *prima facie* de que goza o biógrafo, que, como visto, o permite, com reservas, retratar fatos da vida pública e privada de pessoas notórias, ou de pessoas anônimas incidentalmente retratadas, desde que revestida de interesse público e com finalidade informativa, para que se configure o ato ilícito passível de responsabilidade

⁷⁵⁸ BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.415--DF*, rel. Min. Dias Toffoli, j. 17/12/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5415.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

⁷⁵⁹ SUPREMO discutirá diretamente o mérito da ADI contra Lei do Direito de Resposta. *Consultor Jurídico*. 24 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-24/supremo-discutira-merito-adi-lei-direito-resposta>>. Acesso em 04 jan. 2015.

civil e, por via reflexa, de reparação pecuniária, reclama-se, além da conduta (comissiva ou omissiva)⁷⁶⁰, o nexos de causalidade, o dano e a culpa.

Por uma coerência lógica quanto aos elementos apresentados nesta pesquisa que nortearão o hermenêutica a concluir se a conduta do escritor ou da editora responsáveis pela comercialização e publicação da obra biográfica não autorizada é lícita ou ilícita, abordada no tópico 5.2.4, é possível afirmar que a responsabilidade da editora e do biógrafo – mentor intelectual da obra –, neste caso, é subjetiva, calcada no elemento subjetivo culpa, na medida em que, como visto, não há entre a editora, o biógrafo e o biografado relação jurídica que torne a responsabilidade civil objetiva, seja pela ausência de relação de consumo, por inexistência de produto ou serviço prestados, ainda que indiretamente, seja por não se tratar de outra hipótese do artigo 932 do Código Civil.

Colocada à parte a discussão travada no campo da responsabilidade civil quanto à atual flexibilização do nexos de causalidade⁷⁶¹, debate, aliás, cujo aprofundamento foge à pretensão deste trabalho, ele – o nexos causal –, restará preenchido no momento em que a editora ou o biógrafo tornarem, por qualquer meio, eficaz e pública a obra.

E a fixação do *quantum* indenizatório deve, necessariamente, considerar a efetiva lesão (*rectius*), experimentada pela pessoa retratada na obra, é dizer, reclama-se o dano concreto, afastando-se a presunção de dano (dano *in re ipsa*). A quantificação do dano é um dos temas mais tormentosos enfrentados pelo intérprete, notadamente quando se depara com direitos extrapatrimoniais, tais quais a honra, a imagem e a privacidade, preocupação, aliás, que cresce de forma vertiginosa na atualidade, dada a expansão quantitativa de danos à pessoa passíveis de reparação, os chamados “novos danos”⁷⁶².

⁷⁶⁰ No campo das biografias não autorizadas, parece-nos que o ato ilícito somente se configura através do ato comissivo daquele que publica, na obra, imagem sem autorização ou, mesmo com autorização, fora de contexto, ou divulga informação inverídica, de que sabe ou devia saber ser falsa, destituída de interesse público. O biógrafo que, intencionalmente ou por descuido, omite informação do biografado, ainda que se refira às suas qualidades, o que poderia, pelo menos em tese, de alguma forma, desagradá-lo, não pratica ato ilícito.

⁷⁶¹ Para maior aprofundamento sobre a erosão do nexos causal no campo da responsabilidade civil, conferir TEPELINO, Gustavo. Notas sobre o Nexos de Causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001. p. 111; SCHREIBER, 2013, p. 53-78; CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 111.

⁷⁶² Já se fala em dano de *mass media*, dano de processo lento, dano de “brincadeiras cruéis (*bullying*)”, dano do “rompimento de noivado”, de “separação após notícia de gravidez”, de “abandono afetivo”,

O Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da *ADPF n° 130-DF*, se debruçou sobre a quantificação do dano à pessoa na hipótese de eventual abuso da liberdade de imprensa:

Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta "proporcional ao agravo", sem distinguir entre o agravado agente público e o agravado agente privado. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente. Mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a excessividade indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse carregar nas cores da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística. Sem falar que, em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (é direito do cidadão saber das coisas do Poder, ponto por ponto), exposto que fica, além do mais, aos saneadores efeitos da parábola da "mulher de César": não basta ser honesta; tem que parecer.⁷⁶³

Assim, a fixação do dano há de considerar todos os elementos que concorreram para a sua causa e seus efeitos sempre norteadas por critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Em outras palavras, a quantificação do dano passa, invariavelmente, pela aferição do grau de ofensa pessoal (intensidade do sofrimento do ofendido), pela gravidade da lesão, pela natureza e repercussão da ofensa, pela personalidade pública ou privada do ofendido⁷⁶⁴, pela intensidade de dolo ou grau de culpa do biógrafo e da editora, pela sua situação econômica, assim como pelo comportamento reincidente, isto é, pela condenação anterior pelo mesmo fato.

“dano pela morte de animal doméstico”, “dano da “moto nova”, dano do “fracasso desportivo”, dano pelo “nascimento com grave deficiência física” – *Affaire Perruche* –, “dano à identidade pessoal” – caso *ginseng*. SCHREIBER, 2013, p. 81-117.

⁷⁶³ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na *ADPF n° 130-DF*, p. 37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁷⁶⁴ Quanto maior a publicidade da personalidade do ofendido, menor a quantificação do dano.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais estão em constante rota de colisão, sendo o grande desafio da hermenêutica jurídica contemporânea propor bases teóricas capazes de definir os limites imanentes ou os conteúdos passíveis de restrição de bens jurídicos igualmente caros à sociedade. Assim, nesta pesquisa foi possível investigar as principais bases teóricas sobre as restrições dos direitos fundamentais, notadamente as teorias do suporte fático amplo e do suporte fático restrito, e as teorias externa e interna das restrições.

Contatou-se que, pela teoria do suporte fático amplo e pela teoria externa das restrições, os direitos fundamentais são protegidos enquanto direitos e deveres *prima facie*, calcados em um sistema aberto de normas-princípios, pelo que é possível que dois direitos estejam concomitantemente sob os feixes de proteção de uma determinada norma jurídica, o que gera entre eles uma colisão. Desta forma, por estarem ambos os direitos protegidos e por não haver um “limite imanente” abstrato que afaste aquela proteção aprioristicamente, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e normativas em que se encontram para concluir qual deles deve prevalecer. Neste caso, a restrição a um dos direitos fundamentais será realizada a partir de uma dimensão de peso dos bens jurídicos envolvidos norteadas pelo princípio da proporcionalidade e pela técnica da ponderação ou sopesamento.

Concluimos que a ponderação ou o sopesamento são instrumentalizados por meio da “lei de colisão” que, partindo da ideia de um sistema essencialmente principiológico e de que todo direito fundamental é garantido parcialmente – *prima facie* –, estabelece relações de “precedências condicionadas”, que fixa condições sob as quais um direito tem precedência em face de outro diante de determinada circunstância fática e normativa concreta. E que a “lei de colisão”, longe de ser uma técnica decisionista, intuitiva, pessoal ou subjetiva, que resultaria de um processo psíquico não controlado racionalmente, consiste em critério racional e fundamentado de argumentação jurídica que se lastreia em “precedências condicionadas”, das quais decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do direito *prima facie* mais relevante.

Contrapomo-nos à ideia defendida pela teoria do suporte fático restrito e pela teoria interna das restrições, segundo a qual os direitos fundamentais não são passíveis de restrição, pois o que existiria, a rigor, não seria a restrição do direito, mas sim a não incidência da norma protetiva. É dizer, cada direito fundamental estaria sob o âmbito de proteção de uma norma protegida, não havendo colisão entre eles, mas sim “restrições imanentes” ou “limites imanentes”, na medida em que, a partir de determinado ponto, a proteção de um determinado direito fundamental cessaria e outra se iniciaria.

Posicionamo-nos no sentido de que, por serem os direitos fundamentais liberdades públicas⁷⁶⁵ garantidas sempre *prima facie*, o seu conteúdo essencial será aquilo que resta após o sopesamento, revelando-se sempre relativo. Concluímos que, no caso concreto, é possível que nada reste de um direito fundamental quando em colisão com outro. E que até mesmo o princípio ético-jurídico (valor) dignidade da pessoa humana, assim como todos os demais direitos fundamentais *prima facie*, em determinada circunstância, pode ser afastado, por completo, pelo sopesamento.

Por conclusão lógica, discordamos do pensamento de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial absoluto, também chamado de mínimo existencial, “mínimo vital”, “conteúdo mínimo”, “núcleo essencial” ou “substância mínima”, que, em nenhuma circunstância, poderia ser violado, sobretudo, quando trasladamos a concepção de mínimo existencial do campo dos direitos prestacionais para o campo dos direitos negativos, pois, segundo investigamos, é possível que, diante de circunstâncias fáticas e normativas de um caso concreto, após um juízo de ponderação, a partir de “condições de precedência”, um direito seja aniquilado, por completo inclusive, em benefício de outro por mais fundamental que seja.

Ao tratarmos do fenômeno da constitucionalização do direito e, em especial do direito privado, destacamos a relevância, para a nova hermenêutica jurídica, da irradiação dos efeitos das normas constitucionais para os demais ramos do direito público e privado, advertindo, contudo, para a cautela de se evitar a excessiva publicização de normas

⁷⁶⁵ Como advertido ao longo do trabalho, o termo liberdades públicas, comumente usado indistintamente pelo direito positivo interno e externo e pela doutrina nacional e alienígena como sinônimo de liberdades fundamentais, liberdades individuais, direitos constitucionais, direitos naturais, direitos humanos, direitos civis, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos subjetivos, também é usado de forma indistinta nesta pesquisa.

essencialmente privadas, que, através de um Estado legislativo e patriarcal, limita em excesso o direito geral de liberdade e mina, gradativamente, a autonomia privada. Assim, concluímos que, ao mesmo tempo em que a constitucionalização há ser interpretada como o remédio contra a petrificação e o isolamento do direito público e do privado, deve-se ministrar corretamente a sua dose, de sorte a impedir que, ao abandonarmos o individualismo exacerbado do liberalismo, inauguremos uma rota oposta, mas igualmente perversa, do coletivismo.

A pesquisa, ao se debruçar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, consignou, com base em pesquisa exploratória e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, no Brasil, as teorias que infirmam a eficácia horizontal, direta ou indireta, são incompatíveis com a Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, § 1º, assegura expressamente a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Sinalizamos, portanto, para o fato de que as teorias que defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que, em algum ponto específico, possam divergir quanto à sua aplicação direta ou indireta, não de prevalecer na hermenêutica jurídica nacional.

No desenvolver da pesquisa, defendemos que a liberdade de informação, em sentido amplo, longe um viés apenas individual, possui, na atualidade, um caráter transindividual, difuso, necessário à construção da memória coletiva, sendo dever de proteção do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso, através de um microsistema de proteção, às fontes da cultura nacional e à informação, em uma tríplice perspectiva, através dos direitos de informar, de se informar e de ser informado. A comunicação, como posto à falseabilidade nesta pesquisa, é um processo natural do ser humano como instrumento de persuasão para que nos tornemos agentes influentes do meio e não apenas alvos de forças externas.

Não por outra razão, posicionamo-nos no sentido de que a liberdade de pensar e de exteriorizar esse pensamento, opinião, crítica, atividade intelectual, artística, científica, de conhecimento, de informação jornalística ou de imprensa é instrumento de autorrealização e de autodeterminação da pessoa e da coletividade, podendo se manifestar das mais variadas formas – escritos ou não escritos –, como, aliás, no direito de reunião da “marcha da maconha”, reconhecidamente legítima pelo STF, pelo que é dever do Estado e dos indivíduos, nas relações horizontais, tutelar e respeitar toda

convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, respondendo legalmente todo aquele que abusar do seu exercício.

Nesse sentido, sujeitamos também à falseabilidade a hipótese de que as sátiras, enquanto formas de manifestação de crítica, detêm, pela “lei de colisão”, como principal precedente condicionado, a sua finalidade, pois, se nitidamente depreciativa, e, no caso de eleições, se com a finalidade afetar a isonomia do sufrágio, há de se preponderar a proteção da esfera privada, eis que configurado o abuso do poder-dever de informar. Lado outro, se comprovada a finalidade informativa, ainda que criticamente se apontem defeitos e adjetivações, desde que dentro de parâmetros sociais aceitáveis – razoáveis e proporcionais –, não voltada à mera “ridicularização” do outro, há de se prevalecer a liberdade de expressão e o direito de sátira.

Seguindo raciocínio equivalente, a pesquisa concluiu que o véu da liberdade de expressão não pode ser usado para cobrir prática de atos que vão de encontro aos valores preconizados pela Constituição Federal, pelo que a proteção da pessoa humana como fundamento da República – proibitiva de preconceitos de origem, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação –, ao irradiar efeitos em todo o sistema jurídico, exclui de sua proteção discursos que pregam a intolerância, o ódio, o preconceito, os chamados *hate speech*, e incitam atos concretos de violência ou de desordem, as chamadas *fighting words*.

No avançar da investigação, ao mergulharmos no estudos dos direitos da personalidade, concluímos que direitos fundamentais e direitos da personalidade, embora estejam umbilicalmente ligados, em muitos momentos diferem entre si, pois determinados direitos fundamentais não são direitos da personalidade, pelo que sinalizamos que sempre que o direito positivado seja instrumento direto de concretização do valor dignidade humana, está-se diante de um direito da personalidade e, por consequência, de um direito fundamental. No entanto, caso o direito positivado seja apenas um instrumento para a concretização do valor dignidade humana, tal como ocorre com as garantias do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas, do devido processo legal ou da presunção de inocência, estar-se-á diante de direito fundamental, mas não de direito da personalidade.

Concluimos, ainda, que os direitos da personalidade, no sistema romano germânico ou no sistema consuetudinário, originam-se a partir do seu reconhecimento pelo sistema jurídico, notadamente pela ordem constitucional ou pelos costumes vigentes, tendo como base o contexto político e histórico à época, e não nascem como direitos inatos, frutos da vontade divina ou da simples condição humana – condição da natureza. Compartilhamos, na pesquisa, da noção de um direito geral da personalidade, cuja base é a proteção da dignidade humana, dos quais derivam direitos especiais, não antagônicos ao primeiro, que tutelam diferentes aspectos da pessoa humana – físico, psíquico, moral e espiritual.

Apontou a pesquisa para o fato de que a privacidade, *lato sensu*, na atual sociedade da informação ou do registro como tem sido chamada, já não se restringe à concepção embrionária do direito americano, relacionada ao direito de ser deixado a só, ao direito à solidão, ao recato ou ao silêncio, mas se amplia, positivamente, como forma de acessar e controlar informações pessoais, tutelando-se a igualdade, a liberdade de escolha, a não discriminação, a autorrealização, a autodeterminação, a construção e o desenvolvimento da identidade social e da personalidade do indivíduo.

Propusemos, como desdobramento da teoria geral dos direitos da personalidade, o direito ao esquecimento como novo direito da personalidade, autônomo, inserindo-o, para fins didáticos, dentro da classificação dos direitos da personalidade à integridade moral – vida privada, intimidade, honra e imagem, sinalizando, ainda, para a sua positivação no sistema jurídico brasileiro, indiretamente como desdobramento dos institutos da reabilitação e da anistia do direito penal, da desconstituição de inscrição negativa por dívida após o decurso de cinco anos e da alteração de nome e de sexo registral de transexuais, sem anotações precedentes.

No campo das biografias, chegamos as seguintes conclusões ao longo deste trabalho:

- a) Biografia consiste em gênero literário narrativo, escrito por um narrador distinto do personagem, em primeira ou terceira pessoa, que tem por objetivo, utilizando-se de elementos romanceados ou ficcionais, não comprometido com um dogmatismo de verdade, interpretar e construir a história vivencial, a existência, a alma humana, de uma determinada pessoa, pública ou comum, de modo a atrair a atenção e o gosto do leitor.

- b) A publicação de obras biográficas prescinde de autorização prévia da pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, em caso de biografias *post-mortem*, conforme decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal proferida em 16/06/2015, que, por unanimidade e nos termos do voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, julgou procedente o pedido formulado na ADI 4815-DF, conferindo interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística e de produção científica.
- c) O julgamento da ADI 4815-DF não põe termo à controvérsia, pois afastou, tão somente, a exigência, geral e abstrata, de autorização prévia do biografado, de familiares, no caso de biografias *post-mortem*, ou de pessoas incidentalmente retratadas, não impedindo o controle do Poder Judiciário, em tutela preventiva provisória ou definitiva repressiva, quanto ao conteúdo veiculado nas obras.
- d) Conforme a fundamentação em *ratio decidendi* dos votos dos ministros relatores da ADPF n° 130-DF, ADI 4815-DF e das Reclamações Constitucionais 18638/CE e 18836/GO, concluímos que o STF adotou posição de preferência (*preferred position*) da liberdade de manifestação de pensamento ou de expressão *lato sensu*, na hipótese de colisão com direitos da personalidade à integridade moral.
- e) As normas dos artigos 17, 20 e 21 do CC/02 apresentam sérias lacunas que merecem ser colmatadas pela interpretação jurídica ou suprimidas pelo Poder Legislativo.
- f) A proposta legislativa contida no PL 393/2011 (Câmara dos Deputados) e no PL 42/2014 (Senado Federal) é insuficiente para suprimir a lacuna jurídica, resolver ou atenuar a controvérsia, ainda existente, das biografias não autorizadas, na medida em que não estabelece parâmetros que nortearão o intérprete quanto ao controle do conteúdo das biografias, para se aferir a existência ou não de abuso do poder-dever de informar, omitindo-se ou tratando, de forma insuficiente, sobre a personalidade da pessoa retratada, a veracidade, a atualidade e a contextualização da informação, a intenção informativa ou difamatória do meio de comunicação, a boa fé da informação divulgada, assim como deixa de esclarecer o que se entende por

interesse público, para além de administração da justiça e de manutenção da ordem pública.

- g) Para auxiliar o intérprete a equacionar a colisão dos direitos à liberdade de informação e a proteção da esfera privada da personalidade, de forma racional e fundamentada com base na “lei de colisão”, no sentido de controlar o conteúdo de informações contidas em obras biográficas não autorizadas e aferir a existência ou não de ato ilícito passível de responsabilidade civil, a investigação propõe “precedências condicionadas” que, se preenchidas, conferirão maior peso ora à liberdade de informação, ora à proteção da esfera privada:
- Personalidade da pessoa retratada: i) agente público político e agente público comum que se equipara à pessoa anônima; ii) pessoas que exploram pública e economicamente como profissão a sua imagem; iii) pessoas que intencional ou acidentalmente se envolvam em fatos de grande repercussão social. Em cada situação, haverá um grau diferente de proteção da privacidade.
 - Veracidade da informação.
 - Interesse público e interesse privado da informação.
 - Legalidade do meio de obtenção da informação divulgada.
 - Informações estabilizadas pelo passado: esquecimento.

Quanto aos meios de tutela processual dos direitos da personalidade, concluímos que:

- h) Em se tratando de obras biográficas não autorizadas ou de divulgação de matéria informativa por meios de comunicação social em geral, a concessão de tutela provisória preventiva – cautelar ou satisfativa –, é medida excepcional, devendo ser deferida se presente evidente ilegalidade do conteúdo divulgado com base nas precedências condicionadas sugeridas no item anterior.
- Constatada a manifesta ilegalidade da informação veiculada na obra biográfica, a medida preventiva provisória – cautelar ou satisfativa –, deve determinar a supressão de trechos considerados ofensivos, mas não a retirada definitiva da obra do mercado.
 - Havendo dúvida sobre a ilicitude da informação, há de se permitir o exercício regular da liberdade de expressão, não obstante a publicação ou a comercialização

da obra biográfica, diferindo a análise definitiva para a cognição exauriente de mérito após a regular instrução processual.

- A tutela processual repressiva será aquela adotada após a consumação da lesão, podendo ocorrer através da reparação não pecuniária, por meio do exercício do direito de resposta, da supressão de trechos ofensivos e da retratação pública, ou através da reparação pecuniária;

REFERÊNCIAS

A IDENTIDADE em tempos de Google. Instituto Humanista Unisinos, São Leopoldo, 16 dez. 2009. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidade-em-tempos-de-google>>. Acesso em: 14 maio 2014.

ABRAMSON, Jill. *Obama. A jornada histórica*. Tradução: Ana Ban, Marisa Motta e Vivian Mannheimer. Tamboré – Barueri: Manole, 2009.

ADVOCACIA GERAL DA UNIAO. AGU defende no Supremo que direito à privacidade dos cidadão não deve ser violado. 02/06/2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/332569>. Acesso em: 05 ago. 2015.

ALEMANHA. Constituição alemã. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Imprensa. jan. 2011. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARANET, Aparecida. *Responsabilidade Civil por dano à honra*, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almeida, 2004.

ANJOS, Marco Antônio dos. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. 2009. 128 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <[file:///C:/Users/Dr.%20Andr%C3%A9/Downloads/Microsoft_Word_Tese_Marco_Antonio_dos_Anjos_versao_com%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dr.%20Andr%C3%A9/Downloads/Microsoft_Word_Tese_Marco_Antonio_dos_Anjos_versao_com%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015.

ARAGÃO, Alexandre; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARFUCH, Leonor. *O espaço biográfico: dilemas da subjetividade contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 2010.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Escala, 2008. (Coleção Mestres Pensadores).

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses*

Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALLO, Artemi. *El derecho al olvido em Internet. Google versus Espana.* Centro de Estudos Políticos e Constitucionales. Madrid, 2014.

BARBOSA, Alaor. *Sinfonia Minas Gerais: A vida e a Literatura de João Guimarães Rosa.* Brasília/DF: LGE, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./fev./mar., p. 01-31, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Normatividade dos princípios e o princípio da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2000.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2005. Tomo III.

BECHARA, Thiago Sogaya. Memória e Biografia: Alguns aspectos do teatro brasileiro. *Revista Cena 20*, Estudos sobre teatro, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://revistacena20.com.br/estudos-sobre-teatro/memoria-e-biografia-alguns-aspectos-do-teatro-brasileiro>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BELLUSCIO, Augusto César. La censura judicial. In: *Anuário de derecho constitucional latino americano*, 2006. p. 960. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr15.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

BERLO, David K. *O Processo da Comunicação. Introdução à Teoria e Prática*. Tradução: Jorge Arnaldo Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Falso Dilema. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 out. 2013.

BIOGRAFIAS dominam lista de mais vendidos da Livraria da Folha na categoria não ficção. *Folha de S. Paulo*, Livraria da Folha, São Paulo, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/livrariadafolha/ult10082u659821.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BIOGRAFIAS: participantes defendem liberdade de expressão com responsabilidade. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*, Brasília, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253997>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 7º Triagem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso. Direitos da dignidade, direitos da personalidade e direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; RESEDÁ, Salomão P. (Coords.). *Direitos fundamentais e reflexos nas relações sociais*. Salvador: Paginae, 2010.

_____. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 13, n. 49, jan./mar. 2008.

BOROWSKY, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BOSCO, Francisco. O público e o privado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 out. 2013. Segundo Caderno, p. 2.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 393/2011. Emenda de Plenário*. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1250719&filenome=EMP+1/2014+%3D%3E+PL+393/2011>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei e Outras Proposições*. Brasília. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n° 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*. Brasília, DF, 12 mar. 2013^a. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. Decreto 2.754, de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994, DF, 27 ago. 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm. Acesso em: 29/02/2016.

_____. Decreto-lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 7 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 20 fev. 1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF, 22 out. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 29/02/2016.

_____. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Lei n° 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação do histórico de crédito. *Diário Oficial [da] República*

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jun. 2011. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 3 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 18 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, DF, 12 set. 1990b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. *Projeto de Lei nº 393, de 15 de fevereiro de 2011*. Brasília. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Senado Federal. *Plc – Projeto de Lei da Câmara nº 42 de 2014*. Brasília. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Aprovada pela Câmara dos Deputados. Disponível em:
<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117559>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial*. STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 584036 RS 2014/0214576-4, rel. Marco Buzzi, j. 16/06/2015. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201854654/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-aresp-584036-rs-2014-0214576-4>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial nº 133.7961/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/04/2014. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138068/recurso-especial-esp-1337961-rj-2011-0228795-5-stj>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial nº 1.419.697-RS*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13 dez. 2000. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0/relatorio-e-voto-152068681>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial n° 736.015/RJ*, 3° Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/06/2005.

_____. _____. *Recurso Especial n° 807.849/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/03/2010. (Informativo STJ n° 425). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-rj-2006-0003284-7/relatorio-e-voto-19135906>>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial n° n° 521.697/RJ*, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16/02/2006, 4° Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173288/recurso-especial-resp-521697-rj-2003-0053354-3/relatorio-e-voto-12903411>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial n° 1.316.921/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. j. 26 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1161904&sReg=201103079096&sData=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial n° 1.334.097/RJ*, rel., Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894349/stj-10-09-2013-pg-2577>>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. _____. *Recurso Especial n° 1.335.153/RJ*, rel., Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894349/stj-10-09-2013-pg-2577>>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130-DF*, rel. Celso de Melo, j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. _____. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 187-DF*. rel., Min. Celso de Mello Brasília. j. 15/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1969-4-DF*, rel., Ministro Ricardo Lewandowski, j. 05/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1969&processo=1969>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815/DF*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.451-DF*, rel. Carlos Ayres Brito, j. 02/09/2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOHUMORISTASX.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. _____. *Acompanhamento processual ADI 4815-DF*. Brasília, 06 ago. 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 766.390-DF*, rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 15.8.2014. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519125>>. Acesso em: 06 ago.2015.

_____. _____. *Habeas Corpus n° 82424/RS*, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves. j. 17/09/2003. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 06 ago.2015.

_____. _____. *Habeas Corpus n° 83996/RJ*, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 17/08/2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Habeas+Corpus+83996%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/opx4tbk>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. _____. *Habeas Corpus n° 84862/RS*, rel., Min. Carlos Velloso, j. 22/02/2005, Segunda Turma. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739497/habeas-corpus-hc-84862-rs>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. _____. Plenário. *Recurso Extraordinário n° 673707/MG*, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/6/2015 (repercussão geral) (Info 790). Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25245100/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-673707-mg-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. _____. *Reclamação Constitucional n° 18836/GO*, rel. Celso de Mello, j.: 13/02/2015. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178727673/reclamacao-rcl-18836-go-goias-9999216-7020141000000>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. _____. *Reclamação Constitucional n° 18566/SP*, rel. Min. Celso de Mello, j.12/09/2014. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25265676/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18566-sp-stf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. _____. *Reclamação Constitucional n° 18638/CE*, rel. Roberto Barroso, j. 17/09/2014. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25272525/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18638-ce-stf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 158.215/RS*, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/06/1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 161.243/DF*, rel. Min. Carlos Velloso, j. 19/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 447.584/RJ*, rel. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 16.3.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409800>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 683.751/RS*, rel. Ministro Celso de Melo, j. 24/06/2015. (Informativo STF nº 792). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_683751.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 03487406720108260000*, rel. Alcebíades Leopoldo e Silva Júnior, j. 26/08/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136113092/apelacao-apl-3487406720108260000-sp-0348740-6720108260000/inteiro-teor-136113102>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Cível nº 20120111811900*, rel. Flávio Rostirola, j. 10/06/2015, 3º Turma. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199130706/apelacao-civel-apc-20120111811900>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Apelação Cível nº 201200213096*, rel. Cezário Siqueira Neto, j. 30/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/184678486/andamento-do-processo-n-201200213096-apelacao-civel-30-04-2015-do-tjse>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 8256937/PR*, Acórdão, 9ª Câmara Cível, rel. Francisco Luiz Macedo Junior, j. 09/02/2012. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21415306/8256937-pr-825693-7-acordao-tjpr>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman. Introdução: humor e história. In: BREMMER, Jan; ROODENBURG (Orgs.). *Uma história cultural do humor*. Tradução: Cynthia Azevedo e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BRIANT, Pierre. *Alexandre o Grande*. Tradução: Rejane Janowitz. São Paulo: L&PM, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Introdução ao pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Lucianne. Polêmica administração judicial da Bombril volta à cena em livro que teve lançamento suspenso por liminar. *Extra digital*. 26 maio. 2009. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/economia/polemica-administracao-judicial-da-bombril-volta-cena-em-livro-que-teve-lancamento-suspenso-por-liminar-289759.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

CASTELLANO, Pere Simón. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CASTRO JR, Chico. Para Mário Magalhães, ação poderá trazer prejuízos à historiografia brasileira. *A Tarde*, Salvador, 16 out. 2013

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASTRO, Ruy. *Estrela Solidária: um brasileiro chamado Garrincha*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

CBV reconhece erro no caso Alessandra. *Estadão Esportes*, 06 maio 2014. Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/geral,cbv-reconhece-erro-no-caso-alessandra,20040506p54033>>. Acesso em: 14 set. 2015.

CHAPP, Jan. A concretização das cláusulas gerais pelo juiz a partir do exemplo da ofensa aos bons costumes na fiança prestada por parentes próximos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, n. 99, maio/jun. 2015.

CHINELATO, Silmara. Comentário realizado durante a avaliação de dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia por GUIMARÃES, Ricardo Duarte. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015.

CINEARTE é proibida de divulgar ou comercializar filme estrelado por Xuxa. *Jusbrasil*. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2242580/cinearte-e-proibida-de-divulgar-ou-comercializar-filme-estrelado-por-xuxa>. Acesso em 11 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM n° 1955/2010. Publicada no D.O.U. 3 set. 2010, seção I, p. 109-110. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

CORRÊA, Adriana Espínola. *O corpo digitalizado: banco de dados genéticos e sua regulação jurídica*. 2009. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 set. 2015.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

COUNCIL OF EUROPE. Disponível em: <<http://www.coe.int/pt/web/portal/home>>. Acesso em: 10 set. 2015

COZER, Raquel; MACHADO, Cassiano Elek. Ruy Costa diz que pagaria “dízimo” para escrever sem censura. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 out. 2013. p. E5.

SANTOS, Cristiana Menezes. *Responsabilidade Extracontratual por Lesão à Pessoa Humana Face ao Princípio da Dignidade*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, 2008. <Disponível em <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4760811Z6>> Acesso em 11/01/2016

CRUZ, Gisela Sampaio. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspdivm, 2011.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos de Personalidade*. 2. ed. Tradução: Afonso de Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum Rezende, 2008.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obter dictum. *LFG Rede de Ensinos*, 21 nov. 2006. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. O direito fundamental ao devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao artigo 57 do Código Civil. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; RESEDÁ, Salomão P. (Coords.). *Direitos fundamentais e reflexos nas relações sociais*. Salvador; Paginae, 2010.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela revisória*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DROYSEN, Johann Gustav. *Alexandre o Grande*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACHIN, Luís Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabis, 2000.

FILME de Glauber Rocha sobre enterro de Di Cavalcanti está censurado há 34 anos. *O Globo*, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/filme-de-glauber-rocha-sobre-enterro-de-di-cavalcanti-esta-censurado-ha-34-anos-10539863>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

GABLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Liberdade de informação jornalística e o papel circundante do Estado*. 2014. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GALVÃO, Helder. Direito de Imagem e Fotojornalismo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCIA, Sarah Virginia Teles. *O direito ao esquecimento na internet*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

GARCIA, Walter. *João Gilberto*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2008.

GOMES, Orlando. *Código Civil. Projeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAGNANI, Juliana. Gil e Caetano se juntam a Roberto contra biografias. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 out. 2013. Ilustrada.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte. *Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas*. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Santo Antônio Fabris, 1997.

HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Lisboa. Edições 70, 2001.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del enemigo*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4. ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4. ENUNCIADOS APROVADOS. *Enunciados n°s 272 a 396. Coordenação de editoração Milra de Lucena Machado Amorim*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL 1, 3, 4 E 5. ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 10 maio 2014.

JUSTIÇA condena Levy Fidelix a pagar 1 milhão por declarações homofóbicas. *Carta Capital*, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/justica-condena-levy-fidelix-a-pagar-1-milhao-de-reais-por-declaracoes-homofobicas-9659.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEJEUNE, Philippe. *O pacto autobiográfico: de Rousseau à Internet*. 2. ed. Tradução: Jovita Maria Gerheim Noronha e Maria Inês Coimbra Guedes. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Parte Geral. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

LUCHETE, Felipe. Direitos da personalidade. Mãe de Isabella Nardoni será indenizada por peça baseada em morte da filha. *Consultor Jurídico*, 2 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-02/mae-isabella-nardoni-indenizada-peca-filha>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

LYDIA, Mury. *Tiradentes*. São Paulo: Três, 1973. (Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos).

MAIS de 70 mil europeus pedem para ser «esquecidos» nas pesquisas da Google. *LUX.pt*, 4 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.lux.iol.pt/internacional/04-07-2014/mais-de-70-mil-europeus-pedem-para-ser-esquecidos-nas-pesquisas-da-google>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MASSIMO, Valério. *A grande história de Alexandre*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MASSON, Cleber. *Direito Penal. Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 1.

MAURÍCIO, Ricardo. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Saraiva: São Paulo, 2010.

MÁXIMO, João; DIDIER, Carlos. *Noel Rosa: Uma biografia*. Brasília: Editora da UnB, 1990.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. 2. ed. New Jersey: Princeton University, 2009. p. 04. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=fUyXxey6rHsC&pg=PA1&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=lsd&f=false>. Acesso em: 14 maio 2015.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MJ divulga anteprojeto de lei sobre proteção de dados pessoais. *Abranet. Associação Brasileira de Internet*, 21 out. 2015. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/MJ-divulga-anteprojeto-de-lei-sobre-protecao-de-dados-pessoais-872.html#.VmzB5korLIU>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MORAES, Valter. Estudos de Direito Civil. CHAVES, Antônio (coord.). *Direitos da personalidade. Estado da matéria no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MOREIRA, Vital. *O Direito de Resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MOSER, Benjamin. *Clarice*. Tradução: José Geraldo Couto. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

NOGUEIRA, Rubem. *O Advogado Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Cátedra, 1979.

NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. *Projeto História*, São Paulo: PUC, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FTD, 1998.

NUSSBAUM, Robert. L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington. *Thompson & Thompson, genética na medicina*. 7. ed. Tradução de Luciane Faria de Souza Pontes et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OAB Nacional defende liberdade de expressão em biografias. *OAB Notícias*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/26360/oab-nacional-defende-liberdade-de-expressao-em-biografias>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

OCDE.ORG. Disponível em: <<http://www.oecd.org/>>. Acesso em: 10 set. 1980.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros. Direito Humano, Direito à intimidade e Novo Código Civil: problemas e soluções. *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 29, n.1, jan. 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Adotada e proclamada pela Resolução 217^a (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Parecer apresentado na ADI 4815-DF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204815.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Brasília/DF, 17 fev. 2016. *Notícias*. Disponível em: [://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&caixaBusca=N](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&caixaBusca=N)

PERGHER, G. K.; STEIN, L. M. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Revista de Psicologia da USP*, São Paulo, v.14, n.1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008>. Acesso em: 03 jul. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIZA, Daniel. *Machado de Assis: Um gênio brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Imesp, 2006.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. O Direito da Personalidade à Intimidade Genética e os efeitos éticos do Projeto Genoma Humano. In: TRECCANI, Girolamo Domenico; MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARROSO, Lucas Abreu (Orgs.). *A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI*. *CONPEDI*, v. 1, p.74/101. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=226>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Publicação de biografias não autorizadas: direito à informação x proteção da esfera privada e do direito ao esquecimento. In: TRECCANI, Girolamo Domenico; MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARROSO, Lucas Abreu (Orgs.). *A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI*. *CONPEDI*, v. 1, p. 309-338, 2014. p. 331.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado – incluindo direitos humanos e comunitário*. 8º ed.: rev. amp. e atual. com o novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, Portugal, 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

POZZER, Katia Maria Paim. A palavra de argila e a memória histórica. In: KARNAL, Leandro; FREITAS NETO, José Alves de (Orgs.). *A escrita da memória: interpretações e análises documentais*. São Paulo: Instituto Cultural Banco Santos, 2004.

PRAGMATISMO POLÍTICO. *As 6 charges mais polêmicas do Charlie Hebdo*. 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/charges-mais-polemicas-da-charlie-hebdo.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

PROJETOS de Leis e Outras Proposições. *Câmara dos Deputados*, Brasília. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>
 . Acesso em: 29 jun. 2015.

RAMALHO, Antônio. S. et al. A Portaria MS n. 822/01 e a triagem neonatal dos hemoglobinopatias. *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, v. 24, n. 4, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REBELO, Aldo; TORRES, Silvio. *CBF Nike*. São Paulo: Casa Amarela, 2001.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio, Direito ao esquecimento e superinformacionismo; apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade da informação. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa*, v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. In: _____. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 1, n. 4, p. 55, out./dez. 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHLEGEL, Rogério. *Mídia, confiança política e mobilização*. 2005. 108 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós Graduação em Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

SCHMIDT, Joël. *Júlio César*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: L&PM, 2006.

SCHÖNBERGER, Victor. M. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: _____. (Coord.) *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Alberto da Costa e. *Castro Alves: Um poeta sempre Jovem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (Coleção Perfis Brasileiros).

SILVA, Felipe Ventin da. *A Tutela Preventiva dos Direitos da personalidade a Liberdade de Informação Jornalística*. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado Relações Sociais e Novos Direitos) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O problema das biografias não autorizadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 abr. 2014.

_____. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Parecer que instrui a petição inicial da ANEL na ADI 4815-DF*, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. p. 29-49, 1989.

TOURINO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad em Internet*. Madri: Catarata, 2014.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Hate speech e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

UNESCO. Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco de 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

VIANA FILHO, Luis. *A vida de Ruy Barbosa*. Assembleia Legislativa do Estado da Bahia/Academia de Letras da Bahia, 2007.

VIANA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *Getúlio Vargas*. São Paulo: Três, 1974. (Coleção Biblioteca de História: grandes personagens de todos os tempos).

VICTOR, Fabio. Autor só não pode mentir, diz americano. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 nov. 2013. p. E10.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.