

INTIMIDADE E PESSOAS NOTÓRIAS. LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO E BIOGRAFIAS. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO, CASO CONCRETO E ACESSO À JUSTIÇA. TUTELAS ESPECÍFICA E INDENIZATÓRIA.

I. Hipótese e consulta

II. Inviolabilidade da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988. Pessoas notórias.

II.1. Intimidade e vida privada

II.2. Inviolabilidade da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988

II.3. Inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Pessoas notórias, renúncia a direito e história.

III. As liberdades de expressão e informação na Constituição de 1988. Liberdade de imprensa e posição preferencial. O caso das biografias.

III.1. Liberdades de expressão e de informação na Constituição de 1988.

III.2. Liberdade de imprensa e posição preferencial. O caso das biografias.

IV. Constituição de 1988 e modelos de solução de conflitos entre as liberdades de informação e expressão e inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

IV.1. Modelo 1: indenização posterior como única forma de tutela disponível para violações à intimidade. Incompatibilidade com a Constituição de 1988.

IV.2. Modelo 2: direito potestativo do indivíduo de definir o que integra a sua intimidade. Incompatibilidade com a Constituição de 1988.

IV.3 Modelo 3: Inviabilidade de hierarquização das liberdades de expressão e informação em face da intimidade. Acesso à Justiça e necessidade de ponderação caso a caso. Possibilidade de tutela tanto específica quanto indenizatória para a proteção de direito personalíssimo. Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do Código Civil. Compatibilidade com a Constituição de 1988.

V. Conclusões

I. Hipótese e consulta¹

1. Examino consulta acerca da viabilidade jurídico-constitucional de pessoas notórias por força de suas atividades privadas, como artistas, esportistas e profissionais liberais, recorrerem ao Poder Judiciário a fim de tentar impedir a divulgação de fatos íntimos de suas vidas privadas em biografias: fatos que não se relacionam com a atividade que lhes deu notoriedade, que não se dirigiram ao público e nem foram divulgados ao público pelo biografado.

2. A consulta é motivada de forma específica pela existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815, em curso perante o Supremo Tribunal Federal. A ADI alega que seria inconstitucional “*a necessidade do consentimento da pessoa biografada 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*” e pede a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, dos arts. 20 e 21 do Código Civil² que, na sua avaliação, confeririam essa espécie de direito potestativo aos retratados em biografias. A ADI sustenta que seria também inconstitucional admitir que, diante de um conflito concreto entre intimidade e liberdade de informação, o Poder Judiciário pudesse determinar tutela específica para o fim de proibir a divulgação de fatos que considere integrar a intimidade do biografado. A juízo do autor da ADI, apenas a postulação de indenização por eventuais danos *a posteriori* seria possível no sistema constitucional brasileiro³.

¹ O presente estudo foi desenvolvido com a colaboração da pesquisadora Renata Ramos Campante.

² Código Civil, Art. 20: “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. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. 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.”

³ Item 41 da petição inicial da ADI 4815: “41. Um julgamento caso a caso, em relação às informações suscetíveis ou não de serem reportadas, representaria, certamente, a extinção do gênero das biografias não autorizadas, tendo em vista o alto grau de subjetividade do julgamento sobre a relevância de detalhes da vida de qualquer biografado. Mesmo diante do afastamento da necessidade do consentimento do biografado, eventualmente abertura para julgamento caso a caso criaria óbice tão significativo quanto a própria autorização prévia.”

3. As inconstitucionalidades suscitadas na hipótese seriam a violação às liberdades de expressão e de informação garantidas pela Constituição. Ademais, nos termos da petição inicial da ADI, *“as figuras públicas, ao adquirirem posição de visibilidade social, têm inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato histórico e a biografias, literárias, dramatúrgicas e audiovisuais.”* (item 7 da inicial; negritos no original).

4. Como se vê, o tema suscitado pela ADI envolve a definição dos mecanismos admitidos pelo sistema constitucional brasileiro para lidar com os conflitos entre as liberdades de expressão e, particularmente, de informação, em face dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada de eventuais retratados em biografias. A conclusão geral apurada ao longo do estudo pode ser resumida nos termos que se seguem:

As liberdades de expressão e de informação têm valor fundamental no sistema da Constituição de 1988, mas a inviolabilidade da intimidade e da vida privada tem igual assento constitucional e decorre diretamente da dignidade humana. Não é válido, portanto, hierarquizar esses direitos de forma rígida e em abstrato. Diante de um conflito, haverá necessidade de ponderação caso a caso pelo juiz, que deverá levar em conta a posição preferencial das liberdades referidas, o que, porém, não exclui a possibilidade de tutela tanto específica quanto indenizatória para a proteção de direito personalíssimo.

5. As razões que conduziram à conclusão resumida acima serão expostas na sequência, ordenadas de acordo com o roteiro inicial.

II. INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PESSOAS NOTÓRIAS.

II.1. Intimidade e vida privada

6. A percepção de que os indivíduos possuem uma esfera própria que deve ser preservada da intromissão de terceiros é tão antiga quanto o próprio conceito de

indivíduo⁴, embora o conteúdo específico do que integra esse espaço de privacidade individual varie no tempo, no espaço e em função de elementos culturais⁵. Diferentes ramos do conhecimento têm se ocupado de explicar e justificar a intimidade e a vida privada como fenômeno a ser protegido. A intimidade seria uma necessidade psicológica, indispensável para a preservação do equilíbrio pessoal em contraponto à dinâmica social cada vez mais complexa e impessoal. A intimidade e a vida privada seriam fundamentais também para o desenvolvimento de relacionamentos próximos, de amor, afeto e cuidado.

7. Do ponto de vista filosófico, a proteção da intimidade está relacionada tanto à liberdade pessoal quanto à dignidade humana. Ser vigiado é uma forma de ser controlado: não se é efetivamente livre quando se está sendo observado. Excluir a intimidade da vigilância externa – do Estado ou de outras pessoas – é garantir à pessoa liberdade ao menos em relação a essa área da sua vida. De outra parte, a proteção à intimidade decorre também da dignidade humana: o indivíduo não é um objeto, mas um sujeito. E algumas esferas da existência humana – suas relações mais íntimas – dizem respeito apenas a ele mesmo, não podendo ser funcionalizadas para atender os interesses do Estado e da sociedade, sejam esses interesses considerados legítimos, como obter uma compreensão mais profunda de um dado momento histórico ou de um fenômeno cultural, ou potencialmente ilegítimos, como vigiar, controlar ou apenas atender à curiosidade acerca do que se passa na intimidade alheia⁶.

8. Seja qual for o fundamento ou justificação subjacentes, o certo é que a proteção da vida privada encontra consagração praticamente universal nos textos jurídicos nacionais e internacionais, como se verá mais adiante. Uma pergunta, porém, permanece: qual seria o conteúdo da intimidade e da vida privada? Sobre o que incide a proteção ou, nos termos da Constituição de 1988, a inviolabilidade da intimidade e da vida

⁴ A formulação teórica inicial do direito à privacidade remonta ao clássico artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, *The right to privacy*, *Harvard Law Review* 4: 193 e ss, publicado em 1890. O direito à privacidade, todavia, é muito anterior a esse marco, como os autores reconhecem no início do artigo.

⁵ Samantha Barbas, *Saving privacy from History*, *DePaul Law Review* 61: 6, 2012: “*The efforts that cultures around the world have historically taken to protect privacy testifies to its transcendent and timeless nature. At the same time, privacy is a concept that is deeply contextual; it embodies beliefs and aspirations that are specific to time, place, and culture. It is from this starting point – privacy as a concept that is historically contingent, socially constructed, and attuned to felt need and lived experience – that we will move forward*”.

⁶ Hannah Arendt, *A condição humana*, 1958; e Carolina González Cifuentes, *El derecho a la intimidad de los altos cargos: limitaciones y control patrimonial*, 2011.

privada? É possível abordar a questão sob duas perspectivas complementares: uma que descreve temas inerentes à intimidade e outra que propõe critérios, cuja aplicação às situações concretas delinearão os contornos do direito.

9. A tradição francesa enumerava oito temas inerentes à vida privada, cujo sigilo devia ser respeitado: vida sentimental, conjugal e familiar; direito ao nome; saúde, incluindo informações sobre a causa da morte; eventos familiares; emoções; lazer; opiniões políticas, filosóficas e religiosas; e patrimônio⁷. Também da tradição anglo-saxã identificam-se três esferas principais para a vida privada: a família, a casa e o corpo do indivíduo⁸. Já no século XX, desenvolvem-se na Alemanha teorias indicando a existência de níveis diferentes – de maior e menor proteção – dentro da noção mais geral de vida privada, tendo a teoria dos chamados círculos concêntricos se tornado bastante difundida no Brasil. De forma simples, a vida privada comportaria três níveis sob a forma de três círculos concêntricos: quanto mais internos os círculos, maior o nível de proteção oferecido.

10. Assim, e de acordo com os desenvolvimentos nacionais do tema, o círculo mais externo (vida privada) envolveria as informações patrimoniais, financeiras e fiscais do indivíduo, bem como o registro das comunicações. O círculo intermediário (intimidade) seria o espaço próprio dos sigilos familiar, profissional, doméstico e do conteúdo das comunicações. Por fim, o círculo mais interior (segredo) comportaria as informações e relações mais íntimas do indivíduo, sobre seu corpo, sua vida sexual e relações afetivas próximas⁹. Mais recentemente, tendo em vista a complexidade das relações humanas na chamada sociedade de informação, a doutrina tem observado a ampliação dos objetos próprios do direito de privacidade¹⁰.

⁷ M. H. Hurtaud, *La protection de la vie privée- note sur l'article 9 du Code Civil*, 1997 apud Célia Leite Costa, Intimidade versus Interesse Público: a Problemática dos Arquivos, *Revista Estudos Históricos* 11: 189-199, 1998.

⁸ Daniel J. Solove, Conceptualizing privacy, *California Law Review* 90: 1132-1141, 2002.

⁹ Sobre o tema, confirmam-se Paulo José da Costa Jr., *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, 1995; José Adércio Leite Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, 1998; e Hidemberg Alves da Frota, A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado, *R. Jur. UNIJUS* 29/11: 79, 2006.

¹⁰ Stefano Rodotà, *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje* (Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes), 2008, p. 97: "A tecnologia ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém mais frágil, cada vez mais exposta a ameaças: daí deriva a necessidade do fortalecimento contínuo de sua proteção jurídica, da ampliação das fronteiras do direito à privacidade."

11. Sob uma outra perspectiva, o direito norte-americano desenvolveu quatro testes para aferir a violação ao que lá se denomina, de forma mais geral, privacidade, embora a doutrina mais recente critique a limitação desses testes¹¹. De todo modo, entende-se que haverá violação à privacidade nas hipóteses (i) de intrusão na esfera de reclusão ou solidão do indivíduo ou em seus assuntos privados; (ii) de divulgação pública de fatos privados acerca do indivíduo; (iii) exposição pública do indivíduo de forma desonrosa ou distorcida (*false light in the public eye*); e (iv) apropriação do nome ou de dados do indivíduo para proveito próprio¹². Também na Inglaterra o conteúdo do direito costumeiro¹³ à privacidade decorre de se verificar se há, na hipótese, uma expectativa de confidencialidade e/ou de um dever diretamente jurídico ou social/costumeiro de confidencialidade¹⁴. Da Europa continental vem a noção difundida sobretudo por Stefano Rodotà, e amplamente acolhida no Brasil, de que a proteção da intimidade e da vida privada nas sociedades contemporâneas deve envolver o controle do fluxo de informações pessoais¹⁵.

II.2. Inviolabilidade da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988

12. Passando ao plano normativo, todas as Constituições republicanas brasileiras trataram de algum modo de proteger a intimidade e a vida privada, mas a Constituição de 1988 é, certamente, a que conferiu proteção mais analítica ao tema. A proteção da vida privada é também garantida por vários tratados internacionais dos quais o

¹¹ Daniel J. Solove, A Taxonomy of Privacy, *University of Pennsylvania Law Review* 154: 478, 2006: "In 1960, the famous torts scholar William Prosser attempted to make sense of the landscape of privacy law by identifying four different interests. But Prosser focused only on tort law, and the law of information privacy is significantly more vast and complex, extending to Fourth Amendment law, the constitutional right to information privacy, evidentiary privileges, dozens of federal privacy statutes, and hundreds of state statutes. Moreover, Prosser wrote over 40 years ago, and new technologies have given rise to a panoply of new privacy harms. A new taxonomy to understand privacy violations is thus sorely needed."

¹² William Prosser, Privacy, *California Law Review* 48: 389, 1960.

¹³ Além do seu reconhecimento pelo *common law*, a privacidade passou a ter fundamento também legislativo no direito inglês com a adoção do Human Rights, em 1998. HRA, 1998: "Article 8 – Right to respect for private and family life: 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

¹⁴ Richard Clayton e Hugh Tomlinson (ed.), *Privacy and freedom of expression*, 2010, p. 11 e ss.

¹⁵ Stefano Rodotà, *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*, 2008.

Brasil é signatário. O tema consta do art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶, do art. 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos¹⁷ e do art. 11 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁸.

13. De forma específica, além de outras proteções diretamente relacionadas com a privacidade – como inviolabilidade do domicílio¹⁹ e o sigilo das comunicações e dados²⁰ –, o constituinte assegurou um direito geral à inviolabilidade da intimidade e da vida privada nos seguintes termos:

“Art. 5º, 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;”

14. A Constituição faz duas outras referências à intimidade. O art. 5º, LX prevê que *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”* e, em linha similar, o art. 93, IX, autoriza a limitação da publicidade dos julgamentos pelo Poder Judiciário por conta da intimidade dos envolvidos²¹. Além disso, o art. 5º, X, transcrito acima, é expressamente mencionado pela Constituição em duas oportunidades: (i) no art. 37, § 3º, II, ao dispor que a lei, ao disciplinar o acesso dos usuários a informações sobre atos do governo, deverá

¹⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo XII: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

¹⁷ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Art. 17: “1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados”.

¹⁸ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Art. 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”.

¹⁹ CF/88, Art. 5º, 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;”.

²⁰ CF/88, Art. 5º, 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;”.

²¹ CF/88: Art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

observar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; e (ii) no art. 220, § 1º, ao prever que a lei não poderá criar embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observada a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dentre outras previsões. Essa a dicção dos dois dispositivos:

“Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.”

“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.”

15. Algumas conclusões preliminares podem ser enunciadas desde logo a partir das disposições constitucionais. A intimidade e a vida privada são direitos fundamentais à luz da Constituição de 1988 e sua proteção poderá justificar, nos termos da lei, e ainda que em caráter excepcional, limitações à publicidade de atos do Judiciário e ao acesso a informações de atos de Governo. A liberdade de informação jornalística em meios de comunicação social também terá de conviver com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X.

16. É certo que a intimidade e a vida privada não existem isoladamente: elas poderão sofrer compressões e ponderações por conta de outros direitos e liberdades – como as liberdades de expressão e, sobretudo, de informação – e até mesmo por força de fins públicos considerados legítimos pela Constituição. Isso não significa, porém, que a intimidade e vida privada deixem de existir ou possam ser ignoradas e esvaziadas. A Constituição prevê que sigilos podem ser quebrados por determinação judicial, e até por outras autoridades, em alguns casos para fins de apuração criminal e em outros para fins cíveis, mas trata-se de providência excepcional que deve ser motivada e limitada no tempo²². A segurança da sociedade e do Estado justifica algum nível de monitoramento e

²² CF/88, Art. 5º, XII; Art. 58, §3º; e Lei nº 9.296/96.

vigilância, mas não de forma irrestrita. E, naturalmente, a própria pessoa pode tornar públicos fatos próprios da sua intimidade, abrindo mão da proteção nesse particular. Este último tema merece um aprofundamento específico.

II.3. Inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Pessoas notórias, renúncia a direito e história.

17. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada é um direito fundamental titularizado por todas as pessoas, nos termos do 5º, *caput* e inciso X, não havendo subcategorias de seres humanos excluídos da proteção. Mas o que dizer das pessoas notórias? Teriam elas renunciado à inviolabilidade da intimidade e da vida privada em decorrência de suas próprias opções de se tornarem celebridades? Ou, sob outra perspectiva, as pessoas notórias teriam “inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social”, como sustenta o autor da ADI 4815, de tal sorte que haveria um direito ao registro histórico, que excluiria o direito à intimidade das pessoas notórias?

18. A questão, na realidade, não se resolve a partir da lógica do tudo ou nada. Como acontece com frequência com os direitos fundamentais, é a lógica da ponderação que acabará por reduzir – mas não eliminar – o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada nesses casos. Há, assim, três questões a examinar aqui: a ideia de pessoas notórias, o tema da renúncia ao direito à intimidade e o argumento historiográfico.

19. Existem vários tipos de “pessoas notórias” e três grupos chamam a atenção desde logo. Um primeiro grupo é formado por indivíduos que se tornaram famosos por conta de sua participação (voluntária ou não) em eventos de grande repercussão como, por exemplo, criminosos e suas vítimas. Crimes são eventos públicos, de interesse da sociedade, e sua apuração e punição, ademais, é levada a cabo por agentes públicos. A situação, porém, é particularmente sensível para as vítimas e suas famílias, cujo envolvimento no evento – e a notoriedade daí decorrente – em nada se relaciona com uma escolha pessoal. Também no caso do criminoso que já cumpriu pena e se reintegrou à

sociedade, discute-se como lidar com o chamado direito ao esquecimento e a natureza pública dos fatos nos quais ele se envolveu, que integram a história daquela coletividade²³.

20. Em segundo lugar, existem os agentes públicos, isto é: pessoas notórias por conta de seus vínculos com o Estado, considerados de forma ampla. Em uma democracia o exercício do poder político decorre de delegação e a regra geral é a da publicidade, devendo o agente público dar satisfações de todo seu ofício à população. A Constituição de 1988 trata longamente sobre os temas da publicidade, transparência e prestação de contas, de modo que, ao se vincularem de alguma forma ao Estado, os indivíduos recebem a incidência dessas normas e a esfera de sua vida privada e, eventualmente, até de sua intimidade será menor que a das pessoas sem relação com o Poder Público²⁴. Por exemplo, embora se considere que informações patrimoniais integram, como regra, a vida privada, esse não será o caso dos agentes públicos, já que tais informações são públicas²⁵.

21. Um terceiro grupo, especialmente importante para o presente estudo, congrega as pessoas que se tornaram famosas por conta de suas atividades profissionais que, embora privadas, têm repercussão pública: artistas, esportistas, escritores, jornalistas de grande projeção, etc. Também aqui, ainda que por razões diferentes, o âmbito de proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo será menor que a de um anônimo, já que parte relevante da vida da pessoa se desenvolve publicamente por força de suas próprias opções existenciais. Os fatos relacionados com a atividade pública da pessoa, que a tornou notória, são naturalmente públicos²⁶, e sobre eles não incide a inviolabilidade da vida privada. Mesmo momentos pessoais – como o choro depois da derrota, da vitória, da

²³ Sobre a complexa questão do chamado “direito ao esquecimento”, vale conferir as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.334.097 (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJE 10.09.2013) e no REsp 1.335.153 (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJE 10.09.2013).

²⁴ Sobre o tema, na perspectiva do direito espanhol, v. Carolina González Cifuentes, *El derecho a la intimidad de los altos cargos: limitaciones y control patrimonial*, 2011.

²⁵ STF, DJe 03 out. 2011, SS 3902 AgR-segundo/SP, Rel. Min. Ayres Britto: “CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO.”

²⁶ Acerca da notoriedade, sua relação com a publicidade e outros elementos dela constitutivos, v. Patricia Loughlan, *Celebrity and the Law*, 2010, p.1-26.

vaia ou da ovação – estarão fora da proteção da privacidade se vinculados à atividade pública do indivíduo.

22. Mas teriam as pessoas notórias renunciado de forma geral à proteção de sua intimidade e vida privada por conta de suas opções? O tema da renúncia a direito fundamental merece aqui uma nota breve. Apesar da referência doutrinária e até legislativa no sentido da indisponibilidade dos direitos fundamentais²⁷, a afirmação simplista de que tais direitos seriam totalmente indisponíveis não é capaz de abarcar a complexidade do assunto²⁸. Como se sabe, a liberdade e a autonomia individuais são também direitos fundamentais, que repercutirão na forma como cada indivíduo decide exercer todos os demais direitos²⁹. Assim, divulgar fotos ousadas de uma pessoa sem sua autorização viola sua intimidade e sua imagem, mas não se pode dizer o mesmo quando a exposição é voluntária. Submeter alguém a uma cirurgia plástica contra sua vontade caracteriza violação de sua integridade física, mas as pessoas podem livremente optar por tal procedimento cirúrgico. Nesse sentido, e ainda que se discuta acerca de quais seriam os limites a essa liberdade, as pessoas podem em alguma medida dispor de seus direitos, e, nessa linha, nada impede que elas abram mão da inviolabilidade de sua intimidade e vida privada quando assim o desejarem³⁰.

23. Daí não se pode concluir, porém, que a disposição de um direito fundamental em determinada circunstância importe uma renúncia geral e permanente à proteção conferida àquele direito em quaisquer circunstâncias. Ao optar por exibir sua imagem em determinado contexto, por exemplo, a pessoa não autoriza, por isso, que os

²⁷ Código Civil, Art. 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

²⁸ De um modo geral, a doutrina reconhece a necessidade de interpretar os direitos fundamentais à luz da liberdade pessoal, assegurando aos indivíduos um aspecto de decisão sobre as formas mais adequadas para o seu exercício. A despeito desse consenso essencial, há diferenças no enfoque dado ao tema. Sobre o tema, v. Jorge Reis Novais, “Renúncia a direitos fundamentais”. In: Jorge Miranda, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, 1996; J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado, *Reality shows e liberdade de programação*, 2003; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2005; e Laura Schertel Mendes, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, *Direito Público* 13:121, 2006.

²⁹ Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 2001, p. 5.

³⁰ Sobre o tema, em outro contexto, vale conferir Luís Roberto Barroso, “Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais”. In: Álvaro Villaça Azevedo; Wilson Ricardo Ligiera (org.), *Direitos do Paciente*, 2012, p. 343-382.

terceiros possam livremente captar e divulgar em outros contextos a sua imagem. Não é próprio afirmar, portanto, que alguns indivíduos teriam renunciado genericamente à inviolabilidade de sua intimidade e vida privada pelo fato de serem pessoas notórias. É certo que, dependendo de suas opções pessoais, o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada de um indivíduo será menor que o de outros e, mais que isso, alguém pode escolher simplesmente não reagir contra eventuais violações a sua intimidade. Isso não significa, porém, que os indivíduos – todos eles – não sejam titulares de alguma esfera de intimidade que poderá ser protegida pelo Direito.

24. Isto é: embora as pessoas notórias tenham, em diferentes níveis, uma esfera menor de proteção quando comparadas com pessoas sem notoriedade, isso não significa que elas não sejam titulares de alguma esfera de intimidade e vida privada a ser protegida³¹. Nem tudo na vida desses indivíduos está relacionado à atividade que lhes dá notoriedade e não se trata de uma troca: os proveitos da fama em troca de seus segredos mais íntimos. A eventual curiosidade do público sobre tudo o que diga respeito a seus artistas preferidos não afasta o direito dessas pessoas à inviolabilidade de sua intimidade. Fatos envolvendo as relações familiares do indivíduo, sua família, sua saúde, seus afetos e opções sexuais frequentemente não terão qualquer relação com a vida pública do indivíduo.

25. É certo que pessoas notórias – quaisquer pessoas, a rigor – podem decidir abrir mão da inviolabilidade da sua intimidade e tornar públicos detalhes de sua vida íntima que não têm relação com a atividade que lhes dá fama. Não é incomum, aliás, que pessoas notórias, por exemplo, falem sobre suas opções sexuais ou sobre problemas de saúde que as afetam. Tanto a exposição da própria intimidade quanto o esforço de

³¹ O ponto foi tratado especificamente pela Corte Europeia de Direitos Humanos em decisão envolvendo Caroline de Hannover (conhecida anteriormente como Caroline de Mônaco), a qual se voltará adiante. Aplicando o artigo 8 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, a Corte concluiu: *“As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life. 77. Furthermore, the Court considers that the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and despite the fact that she is well known to the public. Even if such a public interest exists, as does a commercial interest of the magazines in publishing these photos and these articles, in the instant case those interests must, in the Court's view, yield to the applicant's right to the effective protection of her private life”*. (grifo acrescentado) Corte Europeia de Direitos Humanos, *Von Hannover v Germany* (24 June 2004), disponível em http://echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2004-VI.pdf, acessado em 07.11.2013.

preservação da vida pessoal, quaisquer que sejam os fundamentos, são decisões existenciais legítimas. Entretanto, a escolha por um ou outro caminho – ou por qualquer das possibilidades intermediárias – é pessoal e intransferível³².

26. Examinado o tema da renúncia, um último argumento que merece referência é o historiográfico. A história de um povo é feita pela história das pessoas e, particularmente, das pessoas notórias de uma determinada época e lugar, e a Constituição de 1988 considera a preservação de bens de valor histórico um fim público relevante³³. O aspecto público da vida das pessoas notórias integra a história, de modo que não há dificuldade nesse ponto, mas o que dizer da intimidade dessas pessoas? A presença do interesse histórico autorizaria a invasão da intimidade e vida privada das pessoas notórias (e também das não notórias)? A resposta é negativa, ao menos de acordo com as opções normativas da Constituição de 1988, e igualmente com as opções valorativas que lhes são subjacentes, que atribuem dignidade ao ser humano, limitando sua funcionalização em prol de interesses coletivos. Explica-se melhor.

27. Tentar conhecer e compreender, por exemplo, os padrões de relacionamento sexual de uma população em determinada época e lugar (não apenas de pessoas notórias), bem como características de seus relacionamentos familiares são e

³² Gustavo Tepedino, “Informação e privacidade”. In: *Temas de Direito Civil*, 1999, p. 473-475: “O direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania. A livre imprensa, por outro lado, é o pressuposto de qualquer democracia. (...) É que afora os extremos penais da difamação, é preciso proteger a intimidade e o direito à informação na vida cotidiana, ainda quando não se configure a hipótese de crime. A rigor, a privacidade é direito casuístico por excelência, suscitando, por isso mesmo, proteção que seja dúctil e que possa servir não como uma forma de censura, mas como critério para orientar a imprensa livre. A solução, portanto, não estará provavelmente na legislação, senão na interpretação do fato concreto, em cotejo com as leis disponíveis. E nem se diga que o problema é brasileiro. O moderno direito da *privacy* agita todo o mundo contemporâneo e, significativamente, nasceu como proteção contra a imprensa marrom, justamente nos Estados Unidos. (...) **Como conciliar a *privacy* com a crônica dos homens públicos, artistas e políticos, cujas carreiras, só por isso, implicam boa dose de devassamento? Até onde deve ir o direito à informação e qual é o seu objeto – vale dizer, devemos ser informados do quê?** Stefano Rodotà, um dos mais talentos juristas europeus da atualidade, sugere critérios interessantes para tais indagações. Afirma, em síntese, que **é a própria vida do homem público que deve determinar, em concreto, os confins da informação sobre ele disseminada. Mesmo o homem público tem o sagrado direito de ser resguardada sua vida sentimental ou sexual; a manter sigilo em relação a quem recebe ou frequenta.** O mesmo não mais se pode dizer, contudo, se ele professa um moralismo exasperado e é visto, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação e a de seu partido. (...) A flexibilidade dos critérios, necessariamente maleáveis, em função das peculiaridades e das circunstâncias de cada caso, deverá, de toda sorte, ter pontos de referência implacáveis: a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema.” (grifo acrescentado).

³³ CF/88, Art. 23, III e IV; Art. 24, VII; 30, IX.

sempre foram temas de interesse historiográfico³⁴. Mas esse interesse autorizaria o monitoramento da vida sexual das pessoas, contra sua vontade, a fim de preservar o registro histórico? Ou a filmagem não autorizada de cenas domésticas, de modo a apurar o relacionamento dos pais com os filhos? A resposta é claramente negativa. A despeito de sua importância, o registro historiográfico não goza de superioridade – valorativa ou normativa – em face das pessoas e de seus direitos fundamentais. Pretender algo diverso, além de inválido no sistema brasileiro, seria o mesmo que imaginar que, mais importante que os eventos vividos pelas pessoas, são as fotos eventualmente tiradas que registram esses eventos para a posteridade³⁵.

28. Ao olhar para o passado, a pesquisa historiográfica vale-se de muitos elementos – registros públicos, registros da imprensa, dados indiretos e indícios – na tentativa de retratar uma época, e, ao lidar com o presente, além de dados públicos, emprega instrumentos consensuais e de adesão voluntária, como pesquisas. Essa perspectiva temporal, aliás, é importante pois, com a morte do indivíduo, o nível de proteção a sua intimidade e vida privada será reduzido, abrindo-se naturalmente mais espaço para a pesquisa historiográfica. Embora o direito brasileiro autorize que o cônjuge, o ascendente ou o descendente de pessoa morta exerçam algumas pretensões tendo em conta direitos da personalidade do *de cujus*, o nível de proteção será menor, por evidente, do que aquele reconhecido ao próprio indivíduo na defesa de seus direitos personalíssimos³⁶.

29. Em resumo, é possível dizer que a inviolabilidade da intimidade e da vida privada é um direito fundamental titularizado por todos os indivíduos, embora as opções pessoais de cada um possam restringir seu escopo. A pesquisa historiográfica é um fim público importante, mas não afasta, por isso, a inviolabilidade da intimidade e da vida

³⁴ René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, 1980, p. 204 e ss.

³⁵ Anderson Schreiber, “Os direitos da personalidade e o código civil de 2002”. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (orgs.), *Diálogos sobre direito civil*, 2008, p. 235-237: “O tenebroso perigo de um retorno à ‘censura’ não se afigura menos assustador que a ideia de que a vida privada de pessoas famosas pertence não a eles próprios, mas à história e a sociedade. Num caso, como noutro, um suposto interesse coletivo passa a autorizar a integral supressão ao exercício de um interesse existencial da pessoa – à liberdade de expressão, no caso da censura; à privacidade, no caso da exposição pública. Ao contrário; a postura também aqui não deve ser da prevalência, mas a ponderação”.

³⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, *Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas?*, *Civilista.com*, Editorial a. 2. n. 2. 2013, disponível em <http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas/>, acessado em 07.11.2013.

privada das pessoas vivas. A proteção à intimidade e à vida privada poderá tanto impor restrições a outros direitos como sofrer compressões por conta de outros direitos, mas não poderá ser esvaziada. Examinado o tema da intimidade, cabe agora fazer alguns registros sobre as liberdades de expressão e informação, à luz da questão submetida à consulta.

III. LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. LIBERDADE DE IMPRENSA E SENTIDO DA POSIÇÃO PREFERENCIAL. O CASO DAS BIOGRAFIAS.

III.1. Liberdades de expressão e de informação na Constituição de 1988.

30. As liberdades de expressão e informação têm um percurso histórico conturbado, não apenas no Brasil, mas no mundo. Opiniões contrárias e críticas não são em geral bem recebidas por governantes – ou por quem quer que exerça alguma espécie de poder social – de modo que o emprego de meios capazes de silenciar opositores e de mecanismos de censura foi prática amplamente utilizada pelos Estados até meados do século XX (no Brasil, em particular, até a metade da década de 1980, com o fim da ditadura) e continua a ser em muitos lugares. Por outro lado, apenas com a consolidação da democracia e a consagração de princípios como os da publicidade e da prestação de contas é que o sigilo passou a ser considerado como exceção no âmbito da ação estatal, que deverá ser justificada, sendo a publicidade e o acesso à informação a regra³⁷. Mais que uma liberdade, o acesso a informações detidas por terceiros acerca da própria pessoa e da ação estatal passou a ser considerado um direito, ainda que exceções possam existir.

31. Embora liberdades de expressão e informação frequentemente caminhem juntas, e dificilmente se possa falar de uma narrativa totalmente objetiva e neutra de fatos, a liberdade de expressão envolve a comunicação de ideias e opiniões, ao passo que a liberdade de informação cuida da liberdade de procurar, receber e divulgar fatos. A distinção continua relevante pois o exercício da liberdade de informação demanda um compromisso mínimo com a imparcialidade e com a busca da verdade dos fatos. Cada

³⁷ Ana Paula de Barcellos, “Um debate para o neoconstitucionalismo, papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: Algumas propostas sobre o tema da informação”. In: José Carlos Francisco (org.), *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*, 2012, p. 155-192.

indivíduo pode ter uma opinião diversa e pessoal sobre o mesmo tema, mas cada um não poderá ter o seu próprio “fato” pessoal, ainda que versões de um mesmo evento sejam não apenas possíveis, como permitam, em geral, uma melhor compreensão acerca dele.

32. As liberdades de expressão e informação têm, em primeiro lugar, uma dimensão individual. Cada pessoa tem a liberdade de pensar por si própria, formar seu próprio juízo e avaliação críticos, ter suas próprias opiniões e veiculá-las. Embora o desenvolvimento da liberdade de expressão esteja historicamente ligado à liberdade de crença religiosa e à crítica política, ela não está limitada a tais temas. A liberdade de expressão tutela a livre comunicação de qualquer espécie de ideia, opinião ou crítica, sobre qualquer assunto. Em princípio, mesmo opiniões que pareçam absurdas e nocivas à maioria deverão ser combatidas com outras opiniões, e não com proscrição.

33. As pessoas têm igualmente a liberdade de buscar informações sobre o mundo em que vivem, sobre aquilo que pode afetar a si mesmas, à coletividade na qual se inserem e que, portanto, pode repercutir sobre suas escolhas. E, em relação a determinados fenômenos, como já referido, mais que uma liberdade de buscar, as pessoas terão um direito de obter tais informações. A liberdade de buscar, receber e difundir informação, porém, é mais limitada que a liberdade de expressão. Não se pode licitamente, *e.g.*, difundir informação que se sabe falsa³⁸ e não há um direito de acesso a toda e qualquer informação ou dado existente na sociedade. Não há liberdade, e muito menos direito, de obter informação, *e.g.*, sobre segredos industriais, sobre dados protegidos por patentes ou de difundir obras protegidas por direitos autorais. Também como regra não há um direito à informação sobre a intimidade alheia ou sobre o que se passa na casa de terceiros³⁹. E até a segurança da sociedade e do Estado podem justificar restrições à liberdade de informar.

³⁸ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 24: “Todos os doutrinadores citados, mesmo os que, em maioria, adotam uma disciplina comum entre expressão e informação, deparam-se com, pelo menos, uma distinção importante entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação. E é, justamente, em razão dessa distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão”.

³⁹ Sobre a inexistência de um direito à satisfação de mera curiosidade, Daniel J. Solove, *The virtues of knowing less: justifying privacy protections against disclosure*, *Duke Law Journal* 53: 1045, 2003: “*Despite the fact that people may be curious about the private lives of others, they routinely recognize that curiosity should be limited. One may want to read the diary of a spouse or friend, but may restrain herself from doing so. This is because of certain social norms of restraint. Satisfying one's curiosity is not*

34. Além do aspecto individual, as liberdades de expressão e informação apresentam uma dimensão coletiva que protege os meios de comunicação social de forma ampla. Até porque, em sociedades massificadas e complexas como as contemporâneas, os meios de comunicação social terão melhores condições de veicular as diferentes opiniões em debate na sociedade, bem como de buscar e difundir amplamente informação de interesse geral. Surge então a liberdade de imprensa, acerca da qual se vai tratar de forma específica adiante.

35. Embora as liberdades de expressão e informação sejam direitos individuais e, portanto, valiosas em si mesmas, a verdade é que elas criam condições indispensáveis para o desenvolvimento de uma democracia e esse valor instrumental merece destaque. Sem informação sobre os problemas públicos e sobre a ação estatal, a minoria política, os grupos de pressão organizados e a população em geral não têm como levar a cabo qualquer forma de controle. Ademais, o próprio exercício do controle social e da crítica da ação dos agentes públicos por parte da sociedade depende de se assegurar ampla liberdade de expressão. E, por fim, o livre debate acerca das propostas a serem adotadas ou rejeitadas, inerente ao pluralismo político e ideológico, só pode ter lugar se respeitadas tais liberdades⁴⁰.

36. A relevância das liberdades de expressão e de informação, bem como uma clara reação às práticas da ditadura militar, levou o constituinte a consagrar ambas as liberdades de forma ampla. Acerca da liberdade de expressão, os seguintes dispositivos são expressivos da opção constitucional na matéria:

*“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 seguintes termos:
(...)”*

an absolute value. In other words, just because people are curious does not mean that they should be entitled to have information. Not all itches ought to be scratched”.

⁴⁰ Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 2000, p. 167: “Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais”.

IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

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”.

37. Especificamente sobre a liberdade de informação, e também sobre o direito à informação, a Constituição de 1988 traz os seguintes dispositivos, além do art. 220, já transcrito acima:

Art. 5º (...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - 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;

(...)

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Art. 37 (...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 93 (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,

podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

38. Também aqui, algumas conclusões preliminares podem ser observadas a partir do sistema constitucional. A liberdade de expressão é consagrada de forma amplíssima, havendo apenas uma menção geral, no *caput* do art. 220, no sentido de que o disposto na Constituição deverá ser observado. A liberdade de informação, por seu turno, sofre maiores restrições. Ela deve observar, nos termos do art. 220, § 1º, o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, listagem que inclui a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inciso X). A Constituição autoriza também, como já referido, que a publicidade de atos estatais possa sofrer limitação por conta da intimidade das pessoas e da segurança da sociedade e do Estado. O acesso à informação é limitado ainda pelos sigilos previstos na Constituição, aos quais já se referiu. Por fim, a Constituição assegura ao indivíduo um direito de acesso a informações – não apenas uma liberdade – quando se trate de dados de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

39. Os mesmos tratados mencionados quando se cuidou da intimidade e da vida privada asseguram também as liberdades de expressão e de informação⁴¹. A nota relevante é a de que alguns deles trazem disposições diversas daquelas previstas na Constituição de 1988. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13), por exemplo, autoriza a lei a submeter os espetáculos públicos a censura prévia, a fim de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência⁴². A regra da

⁴¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. XIX: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

⁴² Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Art. 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 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”.

Constituição de 1988, no particular, é a da classificação indicativa⁴³. Tanto a Convenção Interamericana quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 19 e 20)⁴⁴ autorizam que a lei proíba propaganda de guerra, ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, embora a Constituição de 1988 não trate do tema.

40. Mesmo que as restrições adicionais contidas nos Tratados sejam desconsideradas, assim como a intimidade e a vida privada também as liberdades de expressão e informação não existem sozinhas no sistema constitucional, devendo conviver com os demais direitos e com os fins públicos considerados valiosos pela Constituição. Uma particularidade, porém, merece registro. Embora não haja hierarquia entre os direitos no sistema constitucional, reconhece-se às liberdades de expressão e informação uma posição preferencial geral no caso de conflito, e à liberdade de imprensa, em particular, uma posição preferencial reforçada. O ponto merece breve aprofundamento, tanto no que diz respeito ao sentido da posição preferencial, quanto no que envolve as conexões e distinções entre liberdade de imprensa e biografias.

III.2. Liberdade de imprensa e posição preferencial. O caso das biografias.

41. Como referido acima, as liberdades de expressão e de informação têm uma dimensão individual e outra coletiva, esta em geral descrita como liberdade de imprensa. É impossível superestimar a importância da imprensa nas sociedades democráticas. Em primeiro lugar, sua capacidade de obter e difundir informações e ideias não tem precedentes, já que se cuida de empresas ou instituições com essa finalidade e que contam com profissionais dedicados a esse fim. Ainda que a evolução tecnológica e o

⁴³ CF/88, Art. XVI: “Exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;”.

⁴⁴ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 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 ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, 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 pública. Art. 20: 1. Será proibido por lei qualquer propaganda em favor de guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

desenvolvimento das chamadas “mídias sociais” venham alterando um pouco esse quadro, um indivíduo ou um pequeno grupo terão dificuldade de difundir informações, opiniões e críticas em caráter geral sem o apoio de um veículo de imprensa. Em segundo lugar, a imprensa é também uma das grandes responsáveis por definir a pauta dos debates públicos⁴⁵. Aquilo que a imprensa decide divulgar torna-se naturalmente um tema comentado e discutido pela sociedade, ao passo que outros assuntos, por não serem objeto de atenção da imprensa, permanecem à sombra.

42. É fácil perceber que se alguém pudesse ter o controle da imprensa, essa circunstância lhe atribuiria um poder amplíssimo na sociedade, e extremamente perigoso: o poder de definir os temas a serem discutidos, as informações a que se teria acesso e de influenciar, sem contraponto, as opiniões que se deveria ter. A limitação desse poder – que decorreria do controle da imprensa – exige, em primeiro lugar, ampla liberdade de expressão e informação, e esse é o primeiro fundamento da posição preferencial reforçada atribuída à liberdade de imprensa. Como regra, não se pode atribuir a alguém o controle acerca das opiniões que serão divulgadas e das informações que serão levadas a público, até para que seja possível contrapor o erro e a falsidade com outras informações, e combater ideias com outras ideias. Essa limitação do poder será complementada, além da posição preferencial que se reconhece a essa dimensão coletiva das liberdades de expressão e informação, com a regra que veda a monopolização de veículos de imprensa⁴⁶.

43. A posição preferencial da liberdade de imprensa decorre ainda, e de forma mais específica, do papel que ela desempenha para o desenvolvimento do debate público e da cidadania, até porque é natural e esperado que seu livre exercício cause ressentimentos e tentativas de oposição. As autoridades continuam a apreciar elogios e a aprovar a divulgação de fatos convenientes, ao mesmo tempo em que gostariam de impedir ou silenciar a crítica e a divulgação de fatos desabonadores. Cabe ao direito conferir uma proteção reforçada às liberdades de informação e de expressão justamente nessas hipóteses: o elogio não precisa de proteção, mas a crítica sim. O ponto é tradicional na

⁴⁵ Sobre o papel da imprensa na definição da agenda pública, v. Michael Reiss, *Toxic politics. Responding to chemical disasters*, 1991, p. 174-178.

⁴⁶ CF/88, Art. 220, § 5º.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁷ e foi o centro dos debates no julgamento da ADPF 130, na qual se declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988⁴⁸.

44. Por fim, a posição preferencial da liberdade de imprensa é inerente à dinâmica da própria atividade, sobretudo quando se trata de obter e difundir informação jornalística. O ciclo da notícia é rápido – diário ou semanal frequentemente – e os fatos ocorridos ontem, se não divulgados, já são obscurecidos pelos eventos de hoje e assim sucessivamente. Embora a liberdade de expressão não esteja necessariamente vinculada ao ritmo dos eventos do dia, a relevância e a atualidade de muitas opiniões, ideias e críticas se relacionam com os fatos ocorridos e em debate na sociedade naquele momento. Esse aspecto da questão é importante pois terá repercussões no sentido da posição preferencial reconhecida à liberdade de imprensa.

45. Pois bem: mas em que consiste, afinal, essa posição preferencial reforçada? De forma abrangente significa que a liberdade de imprensa goza de ampla preferência no eventual conflito com outros direitos e liberdades, bem como com fins públicos: mais ampla no caso da liberdade de expressão, como visto acima, com algumas restrições adicionais no caso da liberdade de informação. Não se trata, porém, de uma liberdade absoluta, que nunca admitirá ponderação, mas de uma liberdade preferencial. De forma mais concreta, essa preferência desdobra-se atualmente em três questões principais. Em primeiro lugar, a exigência de “verdade” nas informações prestadas pela imprensa é relativa e emprega-se o critério subjetivo do dolo ou da culpa grave (*actual malice*)⁴⁹ do

⁴⁷ Apenas para registrar alguns julgados recentes do STF sobre o tema: ADI 4451 MC, Ministro Rel. Ayres Britto, DJ 01.07.2011; ADPF 187, Ministro Rel. Celso de Mello, DJ 27.06.2011; ADPF 130, Ministro Rel. Carlos Britto, DJ 06.11.2009; STF, AI 690.841 AgR, Ministro Rel. Celso de Mello, DJ 05.08.2011; RE 511.961, Ministro Rel. Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009; RE 208.685, Ministra Rel. Ellen Gracie, DJ 22.08.2003.

⁴⁸ ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 09.12.2009 e DJ 26.02.2010.

⁴⁹ O *actual malice standard* foi formulado pela Suprema Corte norte-americana em *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)) para resolver conflitos entre a liberdade de imprensa e o direito à honra de agentes públicos. Esse *standard* – apenas aplicável a veículos de imprensa – determina que somente haverá responsabilidade civil por difamação se o autor da ação conseguir demonstrar em juízo que a publicação foi feita a despeito do conhecimento da falsidade da informação (*knowledge of falsity*) ou em temerária desconsideração pela verdade (*reckless disregard for the truth*). O escopo do *actual malice* foi posteriormente expandido por *Curtis Publishing Co. v. Butts* (388 U.S. 130 (1967)), estabelecendo que figuras públicas, ainda que não exerçam cargos ou atuem como agentes públicos, podem buscar reparação com base nesse *standard*. Em *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (418 U.S. 323 (1974)), a Corte, no entanto, deixou claro que casos envolvendo pessoas “privadas” não precisam

jornalista, e não um critério objetivo. Isso porque, caso se pretendesse exigir uma apuração ampla e detalhada por parte da imprensa como condição prévia para a divulgação de qualquer informação, a atividade jornalística seria quase impossível.

46. Em segundo lugar, ainda no campo da informação, embora a imprensa se ocupe de todo tipo de informação considerada noticiável (*newsworthiness*), a divulgação de fatos sobre temas de interesse público ou sobre a ação estatal gozam de uma preferência reforçada diante de eventual conflito com outros direitos ou fins públicos⁵⁰. Afinal, um dos fundamentos da posição preferencial da liberdade da imprensa decorre justamente de sua conexão com a construção do debate público, com o fomento do controle social sobre a ação estatal e com o desenvolvimento da cidadania democrática.

47. Em terceiro lugar, a posição preferencial da liberdade de imprensa sugere que, na hipótese de conflito com outros direitos e fins públicos, a vedação à publicação seja a solução excepcional, dando-se preferência, na medida do possível, à condenação posterior do veículo a indenizar pelo dano causado. Esse aspecto da posição preferencial decorre não apenas da preferência geral atribuída às liberdades de expressão e informação no contexto coletivo, mas também da dinâmica e do ritmo próprios da atividade da imprensa. No mais das vezes, é inviável discutir previamente a publicação ou não como forma de impedir a lesão de um direito por conta de uma publicação da imprensa; de todo modo, o tempo necessário para essa apreciação levaria, frequentemente, à perda de objeto da questão, já que a notícia teria perdido a relevância.

48. Por fim, cabe uma observação acerca das biografias no contexto de tudo o que se acaba de expor. Não há dúvida de que uma obra biográfica é uma manifestação da liberdade de informação – a pesquisa e a narrativa de fatos – e, eventualmente, também de expressão, já que o biógrafo pode veicular opiniões, ideias e críticas acerca do que narra. Incide sobre as biografias a posição preferencial genérica

sobreviver ao teste do *actual malice*, bastando a presença de negligência para caracterizar o dever de indenizar por difamação.

⁵⁰ Robert Deacon, Nigel Ipton e Robert Pinker, *Privacy and personality rights: commercial exploitation and protection*, 2010, p. 181: “Weight is given to whether, in any particular case, the press is exercising an important ‘watchdog’ role in public affairs so certain types of speech receive greater protection in a democratic society than others. Political speech tops the list of types of speech receiving most protection but weight is accorded to information to do with the political and social life of the community or the intellectual, artistic or personal development of individuals.”

associada às liberdades de expressão e informação em geral. Não seria correto, porém, equiparar uma biografia com o ofício diário próprio da imprensa, de modo que a posição preferencial reforçada que se reconhece à liberdade de imprensa não pode ser aplicada em toda a sua extensão, e sem maiores reflexões, às biografias. O ponto é relevante pois o autor da ADI 4815 procura equiparar as duas atividades e pretende ver adotado “*o standard segundo o qual quaisquer informações sobre figuras públicas ou pessoas envolvidas em eventos de interesse público podem ser divulgadas – pela Imprensa ou em biografias – sem a necessidade de autorização prévia dos biografados, de seus familiares ou do Poder Judiciário (em sentido aproximado ao decidido nos EUA em New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964))*”⁵¹.

49. As distinções entre a atuação da imprensa e obras biográficas são de simples percepção, mesmo fora do debate literário⁵². Em primeiro lugar, o biógrafo, diferentemente do veículo de imprensa, não está premido pelo tempo nem tem o compromisso de divulgar, da forma mais célere possível, os fatos ocorridos no dia. As opiniões que ele por acaso veicule também não estão necessariamente ligadas a debates em curso na sociedade naquele momento. Biografias são, em geral, obras sobre o passado, produzidas ao longo de anos, e resultam de pesquisa, estudo e múltiplas revisões do texto, estando muito mais próximas da historiografia do que da imprensa.

50. Daí porque não se haverá de empregar para biografias o mesmo critério acerca, *e.g.*, da verdade ou falsidade dos fatos narrados que se utiliza no caso da imprensa. Um jornalista sério e empenhado tem algumas horas ou no máximo alguns dias

⁵¹ Embora o ponto seja de menor relevância para o direito brasileiro, *Sullivan* – onde se desenvolveu o *actual malice standard* – aplica-se apenas à liberdade de imprensa. O caso, envolvendo a publicação pelo New York Times de um anúncio pago noticiando abusos cometidos pelo agente público responsável pelo Departamento de Polícia de Montgomery, Alabama, em 1964, tem como pano de fundo a atuação da imprensa na cobertura das manifestações levadas adiante pelo *civil rights movement* da década de 1960 nos EUA, e representou um marco contra ações que buscavam intimidar a atuação da imprensa naquela época. O *case law* que o expandiu e desenvolveu, da mesma maneira, aplica-se apenas à liberdade de imprensa.

⁵² O gênero biográfico e o jornalismo são, a rigor, formas distintas de composição escrita. A biografia é espécie no ramo da Literatura – uma forma artística, portanto – e faz uso de uma narrativa para recontar uma história. O jornalismo, de outra parte, tem como premissa o relato tanto quanto possível imparcial de fatos e circunstâncias, com o objetivo de informar de forma objetiva seus leitores. V. Michael Benton, *Literary biography: the Cinderella of literary studies*, *Journal of Aesthetic Education* 39: 48-49, 2005; e Alexandre de Sá Avelar, *A biografia como escrita da história: possibilidades, limites e tensões*, 2010, pp. 157-172. As semelhanças entre um gênero e outro têm origem na mútua influência entre eles ao longo do tempo, sobretudo do jornalismo sobre o gênero biográfico. Sobre o tema, v. Michael Holroyd, *What justifies biography?*, *The Threepenny Review* 89: 16, 2002.

para verificar as informações antes de levá-la ao público. O biógrafo, ao contrário, tem a sua disposição muito mais material, além de meses e por vezes anos para desenvolver seu trabalho, de modo que é natural que a exigência dirigida a ele no particular seja mais rigorosa. Por isso também o biógrafo tem condições muito mais adequadas – de tempo, assessoria e reflexão – para avaliar o impacto de sua obra sobre outros direitos e fins públicos, de modo a evitar ilícitos. Por fim, a urgência própria do ritmo em que a imprensa opera não se aplica automaticamente às biografias. O eventual atraso na publicação de uma biografia, até que o Judiciário avalie se existe de fato a violação a direitos fundamentais alegada por uma parte, não inviabiliza sua divulgação posterior, como acontece no dia a dia da imprensa.

51. Em resumo: as liberdades de expressão e informação gozam de uma posição preferencial genérica no sistema constitucional brasileiro, ao passo que a liberdade de imprensa goza de uma posição preferencial reforçada. Essa posição preferencial reforçada da liberdade de imprensa deve ser levada a sério pelo legislador e, sobretudo, pelo aplicador do Direito diante de eventuais conflitos com outros direitos e fins públicos, ainda que não impeça a ponderação caso a caso. A elaboração de biografias é uma manifestação da liberdade de informação e, eventualmente, da liberdade de expressão, mas não se equipara propriamente ao ofício da imprensa. A posição preferencial reforçada que se reconhece à liberdade de imprensa não pode ser aplicada sem maiores reflexões às biografias.

52. Destacados aspectos essenciais das liberdades de informação e de expressão, cabe agora examinar como lidar, concretamente, e considerando o sistema constitucional brasileiro, com eventuais conflitos entre essas liberdades e a intimidade e vida privada, seja no contexto da liberdade de imprensa, seja no âmbito de obras biográficas. A questão será objeto do próximo tópico.

IV. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E MODELOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE AS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.

53. A despeito de sua consagração em Tratados e Constituições, os direitos fundamentais estão continuamente sujeitos a restrições com as quais é preciso lidar. Do ponto de vista jurídico⁵³, e como já mencionado acima, duas ordens principais de restrições podem ser identificadas⁵⁴. Em primeiro lugar, os direitos sofrem restrições oriundas das autoridades estatais, fundadas em fins públicos, considerados, ao menos em tese, legítimos pelas Constituições. Em segundo lugar, os direitos precisam conviver entre si e essa convivência frequentemente gera colisões que deverão ser conciliadas⁵⁵. O conflito de que se cuida no presente estudo – liberdades de expressão e, particularmente, de informação *versus* intimidade e vida privada – é um exemplo clássico desse fenômeno⁵⁶.

54. É interessante observar que os sistemas jurídicos de diferentes países – sistemas democráticos que consagram tanto as liberdades de expressão e de informação, quanto a proteção da privacidade em alguma medida – não lidam da mesma forma com conflitos entre a liberdade de informação e a intimidade e a vida privada. Essas diferenças decorrem das opções normativas feitas em cada país em cada momento histórico, e também da cultura jurídica de cada povo. Também a doutrina nacional e estrangeira apresenta posições variadas acerca desse conflito. A questão fundamental é saber, das opções de modelo de solução disponíveis, tanto do ponto de vista teórico, quanto na experiência internacional, qual ou quais são compatíveis com a Constituição de 1988.

⁵³ O instrumental jurídico é importante para a proteção dos direitos fundamentais mas está longe de ser suficiente. Ademais, os direitos não precisam apenas ser protegidos, mas também promovidos.

⁵⁴ Existe considerável debate sobre a forma metodologicamente mais adequada de tratar a questão: se se trata de restrições, de limites, da definição do escopo do direito, dentre outras possibilidades, mas não é o caso de percorrer aqui essa discussão.

⁵⁵ É possível cogitar de hipóteses em que essas duas ordens de restrições aos direitos – fins (alegadamente) públicos e outros direitos fundamentais – poderão se apresentar em conjunto. Não é irreal imaginar que se pretenda restringir o direito à informação de determinados dados pessoais, e.g., do Presidente da República, tanto sob o argumento de proteção da intimidade, quanto sob a alegação de segurança do Estado. Também nem sempre será estanque a distinção entre o que é fim público e o que seria direito fundamental: razões de saúde pública, por exemplo, podem ser descritas sob ambas as perspectivas. Seja como for, e para os fins do presente estudo, a distinção entre essas duas fontes de restrições aos direitos permanece útil.

⁵⁶ Sobre o tema, ainda antes da Constituição de 1988, v. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, 1980.

55. É possível cogitar de três modelos principais para a solução de conflitos entre a liberdade de informação e a intimidade/vida privada ao longo de um *continuum*: dois modelos nos extremos e um intermediário, que admite modulações. A distinção entre esses modelos decorre de três elementos principais: (i) quem define o que integra a intimidade e a vida privada dos indivíduos; (ii) o tipo de mecanismo admitido para lidar com o conflito – tutela específica (isto é: a proibição da divulgação) ou apenas indenização *a posteriori* – e (iii) os parâmetros para a aplicação desses mecanismos. Cabe examinar cada um desses três modelos e confrontá-los com o sistema da Constituição de 1988.

IV.1. Modelo 1: indenização posterior como única forma de tutela disponível para violações à intimidade. Incompatibilidade com a Constituição de 1988.

56. Um primeiro modelo extremo é o que sustenta que na hipótese de conflito, a liberdade de informação deverá sempre prevalecer, condenando-se, se for o caso, quem violou a intimidade/vida privada alheia a pagar uma indenização posterior. Assim, em um primeiro momento, caberia exclusivamente a quem pretende divulgar a informação avaliar e decidir se aquele dado integra ou não a intimidade e a vida privada de terceiros. Seria vedado ao Judiciário proibir ou impedir a difusão de informações sob qualquer fundamento. A expressão “censura judicial” é frequentemente utilizada por aqueles que sustentam essa posição a fim de equiparar eventual decisão judicial que proíbe a divulgação da informação com a censura clássica, levada a cabo por órgãos da Administração Pública. Para alguns autores que sustentam essa posição, a violação à intimidade e à vida privada seria um “mal menor”, que deveria ser tolerado em prol da liberdade de informação⁵⁷.

57. Esse é o modelo que o autor da ADI sustenta que deveria ser aplicado pelo STF (vide item 41 da petição inicial) e essa parece ser a posição pessoal do Ministro Carlos Ayres de Britto, não adotada, porém, pela maioria do STF⁵⁸. Um dos

⁵⁷ Augusto César Belluscio, “La censura judicial”. In: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2006, p. 960-961.

⁵⁸ Da ementa da ADPF 130 consta o seguinte trecho: “PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM,

Ministros da Suprema Corte Argentina sustentou também posição pessoal nessa linha, reconhecendo, porém, que essa não é a posição daquela Corte⁵⁹. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos parece sugerir essa ideia ao dispor que a lei deverá prever responsabilidades ulteriores para o exercício das liberdades de expressão e informação, necessárias a assegurar, *e.g.*, o respeito dos direitos de outras pessoas, a segurança nacional, etc. A mesma Convenção, porém, admite a restrição às liberdades de informação (e até de expressão) por conta de outros fundamentos, dentre os quais a proteção de menores⁶⁰.

58. A jurisprudência norte-americana sobre liberdade de informação *versus* privacidade, embora não sustente teoricamente a inviabilidade de restrição da liberdade, como se verá adiante, muito frequentemente opta pela indenização, em vez da tutela específica preventiva. Por fim, o modelo 1 identificado acima parece corresponder à posição atual do Professor Gustavo Tepedino, em trabalho elaborado especificamente sobre o tema das biografias⁶¹.

59. Do ponto de vista teórico, esse primeiro modelo – que não admite restrições ao exercício da liberdade de informação, remetendo a solução de eventual violação à intimidade/vida privada para indenização posterior – assume que a liberdade de informação gozaria de uma hierarquia normativa superior em face da proteção outorgada à intimidade. Mais do que uma posição preferencial, esse modelo sustenta uma superioridade rígida em favor da liberdade de informação, já que o Judiciário não poderia, em qualquer

HONRA, ADPF 130 / DF. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA.” Trata-se, porém, de registro que consta apenas do voto do Ministro Carlos Ayres, relator daquele feito, e não dos votos dos demais Ministros, sendo certo que em seus votos vários Ministros registram discordar desse aspecto do entendimento do relator. Na Reclamação 9.428/DF a questão foi discutida de forma específica e a maioria dos Ministros do STF registrou o entendimento de que não se discutiu na ADPF 130 a questão de conflitos entre a liberdade de imprensa e direitos igualmente constitucionais, como os previstos nos arts. 5º, X e II, e 220, *caput*, que demandam uma apreciação casuística.

⁵⁹ Augusto César Belluscio, “La censura judicial”. In: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2006, p. 960-961.

⁶⁰ Néstor Pedro Sagüés, “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. In: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2006, p. 965-976.

⁶¹ Gustavo Tepedino, Direito sobre biografias no Brasil, *Revista de Direito Administrativo* 262: 314, 2013. O parecer foi juntado com a inicial nos autos da ADI 4815.

hipótese, proibir a veiculação de trecho de uma biografia, por exemplo, por considerar que há invasão da intimidade do biografado.

60. Uma incoerência interna desse modelo deve ser desde logo apontada. O modelo não sustenta que a intimidade não será violada pela liberdade de informação; ele admite que essa violação pode ocorrer e que caberá ao Judiciário determinar, nesses casos, uma indenização *a posteriori*. O Judiciário, portanto, teria competência e legitimidade para verificar que houve um ilícito e uma lesão a direito e determinar, por conta disso, uma pena pecuniária, mas não estaria autorizado, uma vez tendo identificado a ameaça dessa mesma lesão, a evitá-la (ou minimizá-la), por meio da tutela específica.

61. Com todo o respeito, esse primeiro modelo não parece compatível com o sistema constitucional brasileiro por quatro razões principais. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais, e entre eles as liberdade de expressão e de informação e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, estão previstos na Constituição, tendo a mesma hierarquia e *status*, e estando todos ligados à dignidade humana. Assim, não é possível hierarquizá-los em abstrato nem afirmar que algum deles é absoluto.

62. Isso é particularmente importante quando se cuide de direitos veiculados sob a forma de normas-princípios – como é o caso aqui –, cuja abstração de sentido autoriza, ao menos do ponto de vista retórico, que comportamentos os mais diversos se abriguem sob sua rubrica. Não é à toa que a frase “não há direitos absolutos” tem sido repetida em muitas instâncias, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁶². A tentativa de proteger toda potencial manifestação de um determinado direito ou liberdade – sem quaisquer avaliações acerca do impacto sobre fins públicos ou outros direitos –, embora pudesse parecer simples e atraente, não é compatível com o sistema constitucional brasileiro em vigor. Sociedades plurais e democráticas, nas quais a liberdade e a dignidade humana, dentre outros bens, são considerados valiosos, serão inexoravelmente complexas e darão origem a sistemas jurídicos complexos.

⁶² STF, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.05.2000: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

63. Ademais, sob a enunciação geral de conflito entre a liberdade de informação, de um lado, e a intimidade e vida privada de outro, existem muitos tipos de conflitos, que apresentam características diversas e podem atrair a incidência de outras normas jurídicas. Como já referido, se o eventual conflito entre a liberdade de informação e intimidade envolve um agente político, serão atraídas para o debate, além das normas de direito fundamental, também aquelas que tratam da publicidade e da prestação de contas em um regime democrático. Estas normas, porém, não incidirão se a pessoa envolvida não tiver qualquer relação com a atividade estatal. A conclusão é a de que eventual conflito entre direitos terá de ser resolvido mediante ponderação diante do caso concreto, como observa com precisão o Ministro Luís Roberto Barroso:

*“Quando um direito fundamental entra em rota de colisão com outro, o juiz a quem caiba resolver a disputa estará diante de um conflito normativo ao qual terá de dar solução. Por conta da supremacia das normas constitucionais e de sua unidade, não é possível ignorar um dos direitos. O juiz, portanto, terá de conceber uma fórmula de convivência entre os direitos em conflito mediante compressões recíprocas. A lei também poderá formular restrições aos direitos envolvidos e até mesmo fixar parâmetros para a solução de colisões entre direitos. Nada obstante, seu papel nesse campo é mais limitado, pois não é possível estabelecer em abstrato e com caráter geral uma prioridade rígida entre direitos que têm a mesma hierarquia.”*⁶³

64. Em segundo lugar, e enfrentando o conflito específico de forma mais direta, a opção de sempre subordinar a intimidade e a vida privada à liberdade de informação – como se a violação à intimidade fosse um “mal menor” sempre preferível a se correr o risco de um “mal maior”, que seria a restrição à liberdade de informação –, sequer é compatível com as próprias previsões constitucionais⁶⁴. O art. 5º, X da Constituição faz menção à *inviolabilidade* da intimidade e da vida privada, expressão

⁶³ Luís Roberto Barroso, Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos, *Revista de Direito Público da Economia* 7: 109-141, 2004.

⁶⁴ Néstor Pedro Sagüés, “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. In: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2006, p. 970: “En conclusión, la posición que comentamos [Rechazo frontal de la censura judicial] está dispuesta a pagar un precio muy caro por el muy valioso bien de la libertad de expresión: llegado el caso, aceptará sacrificar o posponer ciertos derechos personalísimos, como la honra o la privacidad, asegurando reparaciones ulteriores a los damnificados, pero sin consentir una censura preventiva para evitar la consumación de lacto lesivo. Aunque la opción sea dolorosa y algunas veces cruel, preferirá, en términos de mal menor, la posibilidad de un perjuicio a un particular o al mismo Estado, pero no despachar una media precautoria que instaure una censura impeditiva de la comunicación libre de ideas u opiniones. En definitiva, tende a reputar a la libertad de expresión sin censura previa como un derecho absoluto.”

indicativa de que o objetivo do constituinte não é admitir a violação, contanto que haja uma indenização posterior. A própria Constituição prevê que a publicidade de atos públicos poderá ser restringida por conta da intimidade: novamente, a solução constitucional não é permitir a violação à intimidade e prever uma indenização posterior. Nesse contexto, não parece consistente afirmar, como pretende esse primeiro modelo, que, ao levar a cabo uma ponderação entre os direitos em questão, o Judiciário jamais poderia optar pela tutela específica e determinar a eventual proibição no todo ou em parte de uma obra biográfica.

65. Há ainda um desdobramento dessa segunda questão. Ideias e opiniões podem ser alvo de críticas por outras ideias e opiniões no espaço público. A divulgação de fatos falsos também pode ser controlada em alguma medida pela difusão pública dos erros da versão anterior e da correção. Nesses casos, mais liberdade é o remédio para as eventuais disfunções que a liberdade acaba por permitir nesses casos. Não é isso o que acontece, porém, quando se trata de fatos da intimidade do indivíduo. A exposição pública de fatos íntimos acerca da vida do indivíduo e de sua família contra sua vontade consolida por si só a violação ao direito e já não pode ser neutralizada ou remediada por qualquer mecanismo inerente ao exercício das liberdades⁶⁵.

66. Em terceiro lugar, esse primeiro modelo é também incompatível com a garantia geral da inafastabilidade do controle judicial, assegurada no art. 5º, XXXV, que garante que o Judiciário poderá apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito. Ora, as pessoas têm o direito de recorrer ao Judiciário buscando tutelas repressivas – quando o direito já foi lesionado – mas também tutelas preventivas, cujo objetivo é impedir a lesão que se aproxima ou a continuidade da lesão, quando seja possível. É certo que existem situações em que já não é possível impedir ou minimizar a lesão, restando apenas a tutela indenizatória, mas eventualmente a tutela específica será viável.

67. Em outro contexto, é fácil imaginar que uma biografia – ou qualquer outra publicação – que revelasse segredos comerciais, publicasse material protegido por direitos autorais ou fizesse uso de marca registrada poderia ser, nesse ponto, proibida de circular pelo Poder Judiciário. Ora, não faria sentido que a tutela específica em casos de

⁶⁵ Carolina González Cifuentes, *El derecho a la intimidad de los altos cargos: limitaciones y control patrimonial*, 2011, pp. 72-73.

conflito entre a liberdade de expressão/informação e outros direitos ficasse restrita ao contexto dos direitos comerciais e não alcançasse os direitos à personalidade. Dinheiro pode até ser um equivalente adequado para danos de natureza patrimonial, mas não para violação a direitos da personalidade⁶⁶. Caso ao Judiciário fosse vedado tomar providência capaz de impedir a lesão a direito, pouco significado teria a garantia do acesso à Justiça.

68. Ademais, a inafastabilidade do controle judicial, nos termos da garantia constitucional, abarca a proteção de qualquer direito, não havendo qualquer razão para excluir da categoria “direito” os direitos fundamentais à inviolabilidade e a vida privada. Isso não significa, note-se, que a posição preferencial da liberdade de informação seja desconsiderada. O magistrado deve procurar distinguir com cuidado o que integra a intimidade da pessoa e o que são informações públicas e aplicar também de forma conscienciosa a tutela específica preventiva. Seja como for, o ponto relevante aqui é apenas que a possibilidade de tutela específica existe e, mesmo que excepcionalmente, poderá ser manejada pelo magistrado.

69. Por fim, e em quarto lugar, esse primeiro modelo procura excluir a possibilidade de o Judiciário apreciar efetivamente os conflitos envolvendo a liberdade de informação, circunscrevendo sua atuação apenas à definição de uma eventual e futura condenação pecuniária. Aparentemente, uma das razões subjacentes a essa opção é uma séria desconfiança acerca da capacidade do Judiciário de proteger adequadamente a liberdade de informação. Ocorre que, como se acaba de observar, a tentativa de excluir da apreciação judicial a possibilidade de emprego de uma tutela específica no caso não é compatível com as opções constitucionais acerca do papel institucional do Poder Judiciário. Não se trata propriamente de confiar ou não no Poder Judiciário: trata-se da

⁶⁶ Sobre as limitações da tutela indenizatória no caso de direitos da personalidade, v. Gustavo Tepedino, “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In: *Temas de direito civil*, 1999. p. 23-54: “A insuficiência das elaborações antes examinadas – monista e pluralista – para a proteção da pessoa humana foi posta em evidência atenta doutrina, segunda a qual tais correntes tratam, uma e outra, os direitos da personalidade como expressão de tutela meramente ressarcitória e de tipo dominical. Criticam-se, nesta direção, as construções dogmáticas que concebem a proteção da personalidade aos moldes (ou sob o paradigma) do direito de propriedade. Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdade sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”

opção constitucional de atribuir ao Judiciário a decisão de conflitos em matéria de direitos, quaisquer que sejam eles.

70. Mais que isso, porém, a crítica que se pode dirigir à forma como decisões judiciais em particular lidam com esse conflito – confundindo, *e.g.*, liberdade de expressão com informação, vendo em toda crítica um dano moral e banalizando o uso da tutela específica – não é um fundamento que autorize a conclusão pretendida por esse primeiro modelo. O eventual problema causado pelo fato de algumas decisões lidarem mal com o conflito normativo de que se cuida aqui não será superado impedindo o Judiciário de lidar e resolver essa espécie de conflito. Apenas a crítica construtiva dessas decisões judiciais – seja em sede recursal, quando cabível, seja por meio do exercício próprio das liberdades de informação e de expressão de atos do Poder Público – poderá contribuir para uma visão mais adequada das liberdades em questão e do seu relacionamento com os demais direitos fundamentais.

71. Por fim, uma última observação. Parte daqueles que sustentam esse primeiro modelo empregam, como argumento de autoridade, que esse modelo seria a fórmula adotada pelo direito norte-americano. Em primeiro lugar, é certo que o diálogo transconstitucional é relevante e tem enriquecido o debate nacional e internacional. Isso, porém, não significa importação acrítica de modelos norte-americanos. No que diz respeito ao conflito entre o *free speech* e a privacidade, os próprios autores norte-americanos procuram compreender as razões pelas quais sua jurisprudência é distinta, por exemplo, do modelo predominante na Europa e em outros países do mundo. Interessantemente, um dos fundamentos identificados pela doutrina norte-americana para a diferença de como se encaminham os conflitos entre liberdade de informação e privacidade nos Estados Unidos e na Europa seria a circunstância de o valor central do sistema nos Estados Unidos ser a liberdade e, na Europa, o valor central ser a dignidade humana⁶⁷.

72. A realidade, porém, é que nem mesmo nos Estados Unidos se adota a ideia proposta pelo primeiro modelo identificado acima. Embora a liberdade de informação goze de ampla prevalência em face de outros direitos, inclusive em relação à privacidade, cabe ao aplicador do direito fazer a ponderação dos princípios em questão.

⁶⁷ James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, *Yale Law Journal* 113:1151, 2003-2004.

Isso quer dizer que restrições à liberdade de expressão, não sendo vedadas em abstrato, precisam sobreviver à revisão constitucional sob o *standard* mais estrito da jurisprudência norte-americana (*strict scrutiny*⁶⁸), o que pelo menos em tese pode levar a uma situação de preponderância da privacidade em determinada situação. Esse *standard* de revisão constitucional tão estrito confere posição preferencial à liberdade de expressão em casos de conflitos com outros direitos, mas não a sua prevalência absoluta⁶⁹.

73. De todo modo, alguns autores norte-americanos têm criticado a excessiva preponderância da liberdade de expressão sobre a privacidade na jurisprudência daquele país: a jurisprudência tomaria o conflito em abstrato e descontextualizaria as relações em que ele se dá, supervalorizando os benefícios da divulgação de certas informações que, irrelevantes para a sociedade, são íntimas e profundamente caras ao indivíduo⁷⁰, além de favorecer juízos sociais baseados em percepções superficiais e

⁶⁸ O *strict scrutiny* na jurisprudência norte-americana determina que, em casos envolvendo as chamadas classificações suspeitas (classificações com base em raça, por exemplo) ou restrições a direitos fundamentais (como as liberdades previstas no Bill of Rights), a Corte aplique como teste os seguintes parâmetros: que a medida cuja constitucionalidade está sendo revisada esteja associada à proteção de um relevante interesse estatal (*compelling government interest*), que ela seja a menos restritiva possível (*least restrictive measure*) e que tenha sido desenhada de forma estrita para proteger o interesse estatal em questão (*narrowly tailored*). Sobre a aplicação do *strict scrutiny* à liberdade de expressão e uma crítica à sua extensão, v. Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny*, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 2417-2445, 1996.

⁶⁹ Esse é o entendimento da vertente não-absolutista da doutrina norte-americana. Diversas decisões da Suprema Corte lidam com situações de conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade. A jurisprudência da Corte não foi, no entanto, por ela sistematizada ou decidida de forma abstrata e abrangente nessa matéria. Por essa razão, alguns autores defendem que a liberdade de expressão foi reconhecida como direito absoluto pela Corte, enquanto outros entendem que a Corte a pondera em face de outros direitos, aplicando todavia o *standard* de *strict scrutiny* em seu favor. Para críticas dessa abordagem absolutista da liberdade de expressão, v. Thomas Emerson, *The Right of Privacy and Freedom of the Press*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 14: 360, 1979; Daniel J. Solove, *The virtues of knowing less: justifying privacy protections against disclosure*, *Duke Law Journal* 53: 979 e ss, 2003; Richard A. Epstein, *Privacy, publication, and the First Amendment: the dangers of First Amendment exceptionalism*, *Stanford Law Review* 52: 1003-1047, 2000; e Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, *University of Pennsylvania Law Review* 154: 562-563, 2006: “Too many courts and policymakers struggle with even identifying the presence of a privacy problem. Protecting privacy requires careful balancing, as neither privacy nor its countervailing interests are absolute values. Unfortunately, due to conceptual confusion, courts and legislatures often fail to recognize privacy problems, and thus no balancing ever takes place. This does not mean that privacy should always win in the balance, but it should not be dismissed just because it is ignored or misconstrued.”

⁷⁰ Daniel J. Solove, *The virtues of knowing less: justifying privacy protections against disclosure*, *Duke Law Journal* 53: 1045, 2003: “Although in the abstract gossip can educate people about lifestyles and attitudes, this claim seems somewhat overblown. What precisely is the educative value of a celebrity's sex life, drug use, or dating history? True, these celebrities may become spokespeople for particular causes, but they often do so at their own initiative. Does society really need to thrust people into such a role when so many others seem willing to do so voluntarily? There are countless people willing to participate in reality television, or to go on talk shows and speak on virtually everything about their lives. With so many willing volunteers, what is the marginal value of adding the unwilling to the ranks?”

irracionais⁷¹. Parte da doutrina norte-americana destaca ainda que essa preponderância generalizada impede que elementos essenciais – como por exemplo a distinção entre informações obtidas legal e ilegalmente – sejam levados em consideração⁷². Um exemplo dos extremos a que a jurisprudência norte-americana pode chegar é dado por decisão da Suprema Corte de 1995⁷³, na qual se considerou válida a realização compulsória de teste de urina para verificar a presença de drogas em atletas de times do ensino médio (*high school*), dentre outras razões, porque eles frequentemente tomavam banho de forma coletiva, ficando nus diante uns dos outros, o que corresponderia a uma espécie de renúncia da privacidade⁷⁴.

74. Em resumo, o primeiro modelo descrito, e sustentado pelo autor da ADI 4815, não é compatível com a Constituição de 1988. Simplesmente não é possível proibir o Judiciário, como pretende o primeiro modelo, de empregar uma tutela específica para proteger o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ainda que em caráter de excepcionalidade.

⁷¹ Daniel J. Solove, The virtues of knowing less: justifying privacy protections against disclosure, *Duke Law Journal* 53: 1047, 2003: “It is true that if the veils on people's lives were all removed simultaneously, society might collectively discard certain norms. However, the process of changing norms is complicated, and it is far from certain that massive disclosure would effectuate a change in norms. Further, in reality disclosure is haphazard, so the number of people subject to disclosure will rarely be enough to force a change in norms. Human judgment is a profoundly important yet destructive activity. Although judging others is essential to basic social relationships, judgments can be hasty, distorted, irrational, and undesirable. They can cause immeasurable harm. The law certainly cannot stop people from judging each other, but it can help people control some of the information that might be used to make judgments about them”.

⁷² Richard A. Epstein, Privacy, publication, and the First Amendment: the dangers of First Amendment exceptionalism, *Stanford Law Review* 52: 1003-1047, 2000

⁷³ O caso referido, *Vernonia School District 47J v. Acton* (515 U.S. 646 (1995)) foi posteriormente reafirmado em *Board of Education v. Earls* (536 U.S. 822 (2002)).

⁷⁴ James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, *Yale Law Journal* 113: 1202/1203, 2003-2004: “(...) Supreme Court's 1995 decision in *Vernonia School District 47J v. Acton*. This was a case that presented the question of whether high school athletes could be subjected to mandatory drug testing. In holding that they could, the Supreme Court offered, among others, an argument that took the following form: Athletes regularly shower together in the nude. Since they voluntarily expose themselves through this ‘communal undress,’ they have a ‘reduced expectation of privacy’ with regard to whether their urine will be tested for the presence of drugs: Once a person appears nude in public – even before a highly restricted public – he has, in the eyes of the Court, at least partly surrendered his claim to privacy. To the continental ear, this is a bizarre non sequitur. The fact that students have willingly appeared naked in one circumstance says strictly nothing about whether they have broadly surrendered their right to control access to data about them, and certainly nothing about whether they have consented to a urine test.”

IV.2. Modelo 2: direito potestativo do indivíduo de definir o que integra a sua intimidade. Incompatibilidade com a Constituição de 1988.

75. O segundo modelo extremo é o que sustenta que a intimidade e a vida privada são trunfos do indivíduo contra intrusões internas, cabendo a cada um controlar o fluxo de informações a seu respeito com exclusividade. Esse modelo atribuiria ao indivíduo o direito potestativo de definir o que integra e o que não integra sua intimidade e sua vida privada, não podendo o Judiciário rever a compreensão e a decisão do indivíduo acerca desses conceitos, daí a potestatividade. O autor da ADI 4815 sustenta que o art. 20 do Código Civil poderia ser interpretado de acordo com esse segundo modelo, embora ele mesmo reconheça que essa não é a compreensão e a aplicação levadas a cabo pelos Tribunais brasileiros acerca do dispositivo. A ideia subjacente a esse modelo é a de que haveria uma espécie de relação patrimonial entre o indivíduo e as informações a seu respeito, de modo que ele poderia controlar de forma absoluta o uso desses dados.

76. E o que dizer desse segundo modelo? Seria compatível com a Constituição de 1988 atribuir ao indivíduo o direito potestativo de decidir acerca de que informações podem ou não ser divulgadas a seu respeito? Seria o indivíduo a autoridade final acerca, por exemplo, do que é informação pública ou informação que integra sua intimidade e vida privada? A resposta, também aqui, é negativa.

77. Se o primeiro modelo pretendia criar uma hierarquia inaceitável em favor da liberdade de informação, este segundo criaria a mesma espécie de hierarquia em relação à intimidade e à vida privada⁷⁵. Com efeito, a admitir-se o direito potestativo na hipótese, cada pessoa teria o poder de restringir livremente a liberdade de informação. Ademais, a proteção dos direitos da personalidade já não assume a lógica patrimonial, e sim a tutela de elementos existenciais que protejam e promovam a dignidade do indivíduo, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

78. Note-se bem: caberá com exclusividade ao indivíduo decidir se quer ou não expor publicamente aspectos da sua intimidade, por exemplo. Entretanto, o indivíduo não será o juiz final a decidir que informações são públicas – seja porque dizem

⁷⁵ Manuel Alceu Affonso Ferreira, Liberdade de Expressão e biografias, *Revista do Advogado* 117: 148, 2012.

respeito a atividades públicas da pessoa, seja porque ela decidiu torná-las públicas, seja por conta da incidência de alguma outra norma, como no caso da publicidade administrativa – e que informações integram sua intimidade, para o fim de decidir um conflito com a liberdade de informação. Havendo disputa entre os interessados, caberá ao Judiciário apreciar a questão, levando a cabo uma ponderação caso a caso.

IV.3 Modelo 3: Inviabilidade de hierarquização das liberdades de expressão e informação em face da intimidade. Acesso à Justiça e necessidade de ponderação caso a caso. Possibilidade de tutela tanto específica quanto indenizatória para a proteção de direito personalíssimo. Interpretação constitucionalmente adequada do art. 20 do Código Civil. Compatibilidade com a Constituição de 1988.

79. Por fim, o terceiro modelo congrega um conjunto de posições intermediárias que visualizam caber ao Judiciário, diante do conflito, realizar uma ponderação em cada caso, tanto para o fim de decidir se há uma violação da intimidade e da vida privada, quanto para decidir que providências adotar no caso de ameaça ou lesão a direito, providências que poderão incluir a tutela específica e/ou a tutela indenizatória. Excluídos os dois modelos extremos, demonstradamente inválidos, esse modelo intermediário é o único compatível com a Constituição de 1988. As diferenças entre as posições nesse terceiro modelo decorrem dos parâmetros que se entendam pertinentes em cada hipótese, em função das próprias características dos diferentes casos.

80. O sistema norte-americano, de fato, confere ampla preferência para a indenização *a posteriori*, tanto que muitos imaginam, como já se referiu acima, que se adotaria lá o Modelo 1, embora esse não seja o caso (na realidade, mais preciso é localizar o sistema dos EUA neste Modelo 3, ainda que em um ponto bastante extremo). Em posição diversa, encontram-se documentos internacionais e a jurisprudência de Cortes internacionais e dos países da Europa e da América Latina⁷⁶. Alguns exemplos ilustram o que se afirma.

⁷⁶ Paúl Guerra Rodríguez, *Tutela Jurisdiccional de la Vida Privada de Deportistas Profesionales. El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen*, 2012; Carolina González Cifuentes, *El derecho a la intimidad de los altos cargos: limitaciones y control patrimonial*, 2011; Richard Clayton e Hugh Tomlinson (ed.), *Privacy and freedom of expression*, 2010; Eric, Barendt. *Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court*, *Journal of Media Law* 1: 49-72, 2009; Néstor Pedro Sagüés, “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. In: *Anuario de derecho*

81. Na França, o caso recente mais famoso sobre o tema envolveu a divulgação de informações sobre a saúde de um agente público, já falecido: o ex-Presidente François Mitterrand. A Justiça francesa proibiu liminarmente (18 de janeiro de 1996), a publicação do livro “Le Grand Secret”, escrito pelo médico particular de Mitterrand e publicado logo após a morte do Presidente. A decisão foi confirmada posteriormente. O livro narra que Mitterrand já tinha o câncer desde que chegou à presidência, o que foi mantido em segredo do público por vários anos. O pedido à Justiça francesa foi feito pela família de Mitterrand.

82. A decisão francesa, porém, foi questionada perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que proferiu decisão em 2004. A CEDH entendeu adequada a proibição liminar de publicação do livro, mas condenou a França por entender que a manutenção posterior da proibição violou a liberdade de informação e expressão garantidas pela Convenção. A CEDH observou que, a despeito do sigilo médico e da privacidade sobre temas de saúde, havia um interesse público do país de saber sobre as reais condições de saúde do ex-Presidente e, passado um razoável período de tempo após sua morte, já não se justificava a proibição⁷⁷.

83. Ainda na Europa continental, a jurisprudência alemã merece igualmente um registro, bem como a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) acerca dela⁷⁸. Em 2005, o Judiciário de Hamburgo proferiu decisões, mantidas pela Corte Federal de Justiça em 2006 e 2007, envolvendo um ator conhecido e um jornal (Bild, publicado pela Axel Springer). A Corte Constitucional não admitiu os

constitucional latino-americano, 2006, p. 965-976; Fernando Toller, La tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad. Una aproximación comparatista, *Teoría y Realidad Constitucional* 12/13: 181-221, 2003/2004; e Hernán Corral Talciani, Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos, *Revista Chilena de Derecho* 27: 51-79, 2000.

⁷⁷ Para um resumo da decisão da CEDH v. http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2004_05_64_ENG_863565.pdf, acessado em 10.11.2013. Para uma perspectiva menos jurídica do debate, v. C. Manaoui, M. Gignon et O. Jarde, Faut-il instaurer une dérogation au secret médical concernant l'état de santé des hommes politiques? Is it necessary to found an exemption from the medical secrecy concerning the health of politicians?, *Rev Med Brux* 28: 183-190, 2007.

⁷⁸ Para um resumo dos casos, v. European Court of Human Rights, Press Release, ECHR 045 (07.02.2012), Media coverage of celebrities' private lives: acceptable if in the general interest and if in reasonable balance with the right to respect for private life. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx#{%22display%22:\[%221%22\],%22dmdocnumber%22:\[%22900164%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx#{%22display%22:[%221%22],%22dmdocnumber%22:[%22900164%22]), acessado em 10.11.2013.

recursos que lhe foram dirigidos sobre o caso. O Jornal publicou matérias reportando a prisão do ator pelo porte de cocaína no festival de cerveja em Munique em 2004 e, em 2005, publicou reportagens sobre sua condenação penal. A pedido do ator, o Judiciário alemão proibiu novas publicações de boa parte dessas matérias. A posição dos Tribunais alemães foi a de que a proteção da personalidade do indivíduo prevalecia sobre o direito do público de ser informado, a despeito da veracidade dos fatos, pois a publicação ocorreu apenas pela circunstância de se tratar de um ator famoso, e não por conta da relevância do evento em si.

84. A questão chegou à CEDH que, em 2010, condenou a Alemanha, na hipótese, pela violação à liberdade de expressão. A Corte Europeia concordou com os julgamentos nacionais, no sentido de que a divulgação ocorreu apenas pelo fato de o envolvido ser um ator conhecido. Entretanto, a CEDH entendeu que as matérias diziam respeito a fatos judiciais públicos – prisão e condenação penal – acerca das quais o público tinha o direito de ser informado, ocorridos ademais em público, e que não se ocupavam de outros detalhes privados da vida do indivíduo. Ademais, o jornal havia obtido e confirmado as informações com as autoridades policiais alemães, de modo que não havia disputa sobre sua veracidade. A CEDH observou ainda em sua fundamentação que o ator, em várias oportunidades, já havia revelado detalhes de sua vida privada em entrevistas.

85. Um segundo conjunto de casos alemães envolveu a Princesa Caroline von Hannover e seu marido e veículos de imprensa. Em três ocasiões ao longo da década de 90 do século XX os Príncipes ajuizaram demandas a fim de proibir revistas de publicar fotos suas em circunstâncias privadas. Os Tribunais alemães negaram tais pedidos, sendo a decisão final da Corte Constitucional de 1999, mas essas decisões foram impugnadas perante a CEDH. A Corte Europeia entendeu, em 2004, que as decisões alemães violaram o direito da Princesa Caroline de respeito à vida privada, sendo certo que a publicação das fotos tinha exclusivo propósito de entretenimento, sem qualquer vinculação a um debate de interesse geral.

86. Nada obstante, novas fotos foram publicadas dos Príncipes esquiando em 2002 e 2004 e outras ações foram ajuizadas por eles para impedir novas publicações. Em relação a duas fotos, o Judiciário alemão atendeu ao pedido, na linha da decisão da CEDH de 2004, considerando que as informações e fotos em questão não

contribuíam para qualquer debate de interesse geral. Em relação a outra foto, no entanto, a Corte Federal de Justiça entendeu que ela se inseria no contexto de uma reportagem discutindo as condições de saúde delicadas do pai da Princesa, o Príncipe Rainier de Mônaco, e as opções de seus filhos em face de suas obrigações familiares e das necessidades próprias de suas vidas privadas, como tirar férias. A Corte Constitucional alemã inadmitiu o recurso da Princesa.

87. Mais uma vez, a questão chegou à CEDH, que proferiu decisão em 2010. Nesse caso, porém, a Corte Europeia entendeu que a decisão alemã não havia violado o direito de respeito à vida privada. A CEDH entendeu consistente o argumento do Judiciário alemão de que a foto se inseria no contexto de um artigo que, em alguma medida, contribuía para um debate de interesse público. A Corte destacou ainda que outras decisões haviam proibido a divulgação de duas outras fotos justamente porque publicadas apenas para fins de entretenimento, de modo que não seria próprio concluir que o Judiciário alemão teria violado as normas da Convenção.

88. Saindo do continente, mas ainda na Europa, a Inglaterra oferece alguns exemplos interessantes sobre o tema aqui em discussão. Sobretudo após a adoção do Human Rights Act (HRA) em 1998, a ponderação entre liberdades de informação e expressão e intimidade tem se tornado um tema importante para as Cortes. A orientação geral é a de que inexistente hierarquia entre esses direitos, cabendo às Cortes levar a cabo uma ponderação diante do caso concreto, que poderá resultar na proibição da publicação de informações inerentes à intimidade dos indivíduos e por eles não divulgadas. De fato, em algumas decisões os Tribunais ingleses já têm determinado providências nesse sentido⁷⁹. O

⁷⁹ Richard Clayton e Hugh Tomlinson (ed.), *Privacy and freedom of expression*, 2010, p. 17-18: “The factors that will come into the balance will be many and varied. The nature of the intrusion into privacy will be relevant. The deeper the intrusion and the wider its dissemination or proposed dissemination, the more likely that privacy will prevail. Thus, for example, if private information is disclosed in breach of an undertaking of confidence, the court will be less likely to allow its subsequent publication than if it is picked innocently. The court will also look beyond the specific interference with private life to the possible consequences of disclosure and the likelihood of those coming about. For example, disclosure might be likely to cause mental distress or illness or, in some cases, physical reprisals which might seriously jeopardize the well-being of the Claimant. The court may also consider the effects on third parties, including the claimant’s family. (...) On the other hand there is a series of factors tending towards permitting publication. Such factors are often loosely described as the ‘public interest’ in disclosure, although it should be borne in mind that disclosure to a limited section of the public may be justified in circumstances where wider publication, for example, in the media would not be justified. The English courts have always recognized that there may be occasions on which the public interest in the preserving of confidence is outweighed by other public interests. (...) The various elements of the public interests are now simply factors to be taken into account in the balancing exercise”.

próprio Human Rights Act prevê e regula, em sessão própria, a possibilidade de as Cortes proibirem a publicação de materiais⁸⁰.

89. Alguns exemplos são interessantes⁸¹. Em *McKennitt v. Ash* (2005), cantora canadense (Lorena McKennitt) obteve decisão impedindo a publicação de livro escrito sobre ela por Niema Ash, que havia sido sua amiga íntima, mas com quem McKennitt havia rompido relações. A Corte destacou que existe uma distinção entre reportar fatos que contribuem para o debate em uma sociedade democrática e reportar detalhes da vida privada de indivíduos que não exercem funções oficiais. A Corte inglesa observou ainda que uma informação não se torna automaticamente de interesse público pelo fato de estar associada a uma pessoa famosa.

90. Em outro caso famoso, Corte de apelação inglesa atendeu o pedido da escritora J.K. Rowling de proibir a publicação pela imprensa – na realidade, impedir que se continuasse a publicação – de fotos não autorizadas de um de seus filhos (*Murray v. Big Pictures (UK) Ltd* – 2008). A foto retratava a criança sendo empurrada, em um carrinho, pelas ruas de Edimburg. Além da expectativa geral das crianças de não terem suas fotos publicadas na imprensa, a Corte destacou que os pais, no caso, tinham uma prática tradicional de preservar a privacidade dos filhos, chegando ao ponto de sequer levá-los a eventos com grande cobertura de imprensa, como as noites de autógrafos. As Cortes inglesas têm também concedido *injunctions* mais gerais, proibindo a publicação de informações para a proteção de menores.

91. Deixando a Europa, a Argentina é razoavelmente representativa da experiência latino-americana. Além das previsões constitucionais gerais acerca das liberdades de expressão e informação, e da intimidade, o Código Civil argentino expressamente autoriza o juiz a determinar que a atividade que invade ou perturba a intimidade seja interrompida, afora a possibilidade de condenação pecuniária⁸². A Suprema Corte admite a possibilidade de o Judiciário proibir a divulgação de informações a fim de

⁸⁰ HRA, Section 12: “*Freedom of expression. (1) This section applies if a court is considering whether to grant any relief which, if granted, might affect the exercise of the Convention right to freedom of expression. (...)*”.

⁸¹ James E. Stanley, Max Mosley and English Right to Privacy, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 10, issue 3, 2011, pp. 641-667.

⁸² Código Civil Argentino, Art. 1071.

proteger a intimidade, mas destaca o caráter excepcional da medida. Em caso rumoroso, que envolvia a cobertura, pela imprensa, de ação de reconhecimento de paternidade ajuizado contra o jogador Maradona, a Suprema Corte proibiu a divulgação de informações que pudessem identificar a criança, reformando a decisão anterior que tinha imposto à imprensa proibição mais ampla⁸³.

92. Em sentido similar, a doutrina e a jurisprudência brasileiras convergem majoritariamente para esse terceiro modelo. Com efeito, o entendimento consolidado no Brasil é o de que, no caso de colisão de direitos fundamentais – inclusive e particularmente no caso da colisão entre intimidade e liberdade de informação –, a lei poderá estabelecer parâmetros e preferências, mas não poderá criar uma hierarquia rígida entre direitos igualmente garantidos pela Constituição. Caberá ao juiz, observados os parâmetros constitucionais e legais, resolver o conflito normativo que se lhe apresente. A diferença fundamental entre os autores é a ênfase maior ou menor no caráter excepcional da tutela específica – isto é, a proibição de divulgação – como forma de lidar com o conflito. Confirmam-se, refletindo diferentes ênfases sobre a questão, e dentre outros⁸⁴, os Professores Maria Celina Bodin de Moraes (em duas transcrições, sendo a segunda especificamente sobre o tema das biografias), Sidney Cesar Silva Guerra, Edilsom Farias, o também Ministro Luís Roberto Barroso e Luís Gustavo Grandinetti:

“Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, honra ou privacidade, de outro – o melhor

⁸³ Augusto César Belluscio, “La censura judicial”. In: *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, 2006, pp. 960-961: “En un juicio de filiación iniciado con el objeto de establecer la paternidad del jugador de fútbol Diego Armando Maradona respecto de una menor de edad, la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de hacer saber a los medios de prensa en general que debían abstenerse de difundir cualquier noticia o dato que involucrara a la menor, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. Al ser apelada por la agencia Diarios y Noticias, la Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia relativa al juicio de filiación. La mayoría de los integrantes de la Corte Suprema señaló que de la armonización de las garantías constitucionales en juego – la libertad de prensa y consiguiente prohibición de censura previa, por un lado, y la tutela de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, conforme a lo establecido por el artículo 16, inciso 1.o, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el otro – cabía entender que la protección judicial del interés del menor debía estar estrictamente ceñida a lo que resultaba indispensable a fin de evitar una injustificada restricción de la libertad de prensa. En consecuencia, resolvió que la prohibición formulada excedía la tutela requerida por la Convención sobre los Derechos del Niño y que debía dictarse un nuevo pronunciamiento que limitase la prohibición a la difusión de cualquier dato que pudiera conducir a la identificación de la niña, debido a que ello representaba una indebida intromisión en su esfera de intimidad que podía causar un daño en su desenvolvimiento psicológico y social.”. O autor do artigo, Ministro da Corte, dissentiu da decisão, defendendo a tese identificada neste estudo como Modelo 1.

⁸⁴ Edilson Pereira Nobre Júnior, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade, *Revista CEJ* 45, 2009, p. 4-13.

caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões de irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deverão ser examinados através do já amplamente aceito mecanismo da ponderação, com objetivo de verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional.”⁸⁵

“Se ponderarmos adequadamente os interesses em jogo veremos que há uma maneira relativamente simples de equacionar a questão – em particular, um marco temporal, recurso tantas vezes empregado pelo legislador para pacificar questões igualmente controversas: a duração da vida do biografado. De fato, não é difícil compreender que a violação à privacidade, à honra ou à imagem da pessoa só ocorre durante a sua vida; após a morte, pode haver outras espécies de danos mais ou menos relacionadas à pessoa, mas a direitos fundamentais da personalidade (já extinta) não serão. Além disso, a morte parece ser um termo muito claro: se não há interesse social relevante na publicação de fofocas e de detalhes picantes da vida das pessoas enquanto elas estiverem vivas, a tendência é que com a morte da pessoa sua perspectiva diante da História, se é este o fundamento que se quer proteger, poderá ser muito mais bem avaliada. E quanto aos familiares e pessoas próximas indiretamente atingidas? Essa parece ser a questão de mais fácil solução: os herdeiros, se se sentirem agredidos por dano reflexo (“em ricochete”), devem pretender, em nome próprio, indenização. Evidentemente, a extensão dos fatos narrados sobre pessoas coadjuvantes pode, no caso concreto, transformar o dano, que seria reflexo, em dano direto, mas nesse caso, em princípio, a História teria prevalência – a tutela será ressarcitória e não mais preventiva”⁸⁶.

“De fato não é permitido a censura dos meios de comunicação, entretanto a própria Lei Maior enuncia expressamente alguns limites do direito à informação, dos quais destacamos o direito à imagem (§1º do art. 220). No que se refere à censura, partilhamos da mesma ideia de Luis Grandinetti e Pedro Caldas, no sentido de que há possibilidade de bloquear um impresso ou um programa sem, contudo, caracterizar-se uma censura prévia. (...) 16. Cabe ao Poder Judiciário compor os conflitos existentes em sociedade, podendo inclusive agir preventivamente, necessitando para tanto que a parte que foi ofendida venha provocar o referido poder para

⁸⁵ Maria Celina Bodin Moraes, “Ampliando os direitos da personalidade”. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, 2010. pp. 128-129. No mesmo sentido, Daniele Chaves Teixeira, “Breves considerações sobre a privacidade da pessoa notória no espaço público”. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, *Diálogos sobre direito civil* v.3, 2012, pp. 197-217.

⁸⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, *Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas?*, *Civilista.com*, Editorial a. 2. n. 2. 2013, disponível em <http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas/>

que a prestação jurisdicional se faça. 17. Não há porque se falar em censura prévia, como pretendem alguns autores, pois o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições legais e, ainda, na observância da Lei, estará concretizando o exercício das liberdades públicas garantindo os direitos fundamentais”⁸⁷.

“O argumento principal esgrimido nesta oportunidade é que a Constituição Federal, coerente com o postulado segundo o qual a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional da comunicação social a vários tipos de restrições, a despeito de seu inestimável valor (...). Todavia, a vexata quaestio relativa aos referidos direitos personalíssimos, na condição de restrições, e que desafia o engenho dos operadores prático-jurídicos, é a superação normativa da colisão desses direitos com o jus narrandi, especialmente no âmbito da liberdade de comunicação social. Nesse sentido, não existindo na ordem constitucional brasileira nenhum direito ou liberdade irrestrita, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem igualmente não é absoluta. Portanto, na colisão descrita, assim como a liberdade de expressão e comunicação não prevalece a priori; também os citados direitos não a restringem automaticamente. (...) Por isso, na colisão frisada, a irreduzível singularidade do caso concreto tende a condenar o intérprete-aplicador do direito à sorte de Sísifo, [...], isto é, cada caso exige renovado esforço para a compreensão das suas circunstâncias particulares, que nunca são iguais em tudo às de outros julgamentos. (...) os critérios desenvolvidos para pôr cobro à colisão, envolvendo a liberdade de expressão e comunicação, em atenção ao caráter institucional dessa liberdade e a sua consequente importância para a formação da opinião pública e para o funcionamento da democracia, têm refletido uma certa preferência valorativa abstrata pela expressão e comunicação. Isso de modo algum dispensa a ponderação concreta, mas, sob determinadas situações e requisitos, pode conduzir à prevalência das opiniões e informações divulgadas”⁸⁸.

“Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela

⁸⁷ Sidney Cesar Silva Guerra, *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*, 2004, p. 121 e 134.

⁸⁸ Edilsom Farias, *Liberdade de Expressão e Comunicação*, 2004, p.241 e 251-253.

deve resultar absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade”⁸⁹.

“E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras”⁹⁰.

93. Nesse sentido é igualmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Três casos emblemáticos merecem registro. O tema específico da possibilidade de restringir-se a liberdade de informação em prol da inviolabilidade da intimidade ou, de outra parte, limitar-se a tutela no caso de violação do direito da personalidade a posterior indenização foi examinado pela Corte na Medida Cautelar em Petição 2.702, em 2002 (DJ 19.09.2003).

94. Na ocasião, órgão de imprensa pretendia obter efeito suspensivo ativo a recurso extraordinário para o fim de publicar o conteúdo de conversas telefônicas de conhecido político, objeto de interceptação ilícita, a que o jornal teve acesso. O Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, acompanhado pela maioria da Corte, negou o pedido do jornal. O Ministro Pertence assinalou a complexidade dessa espécie de colisão de direitos, destacando, porém, que, no caso concreto, embora se tratasse de um político, a informação que se pretendia difundir era objeto de interceptação telefônica ilícita e, ademais, a divulgação produziria efeitos irreversíveis. Vale transcrever trecho do voto do Ministro Pertence sobre a questão teórica ali em debate (p. 820 e ss.):

⁸⁹ Luís Roberto Barroso, “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*, 2007, p.82-83.

⁹⁰ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, 1999, p. 51.

“51. A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.

52. Nos limites desse terreno – campo aqui e alhures, de permanente ocupação dos teóricos e de numerosas dissensões nos tribunais – é que a petição procura entrincheirar-se e sustentar a prevalência – sobretudo, quando se trata de fatos de interesse público e relativos a homens públicos –, da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais, a Constituição prescreveu a vedação peremptória da censura prévia (CF, art. 220 e § 2º).

53. “Nem mesmo a certeza do prejuízo de uma publicação futura” – extratam as razões do RE da manifestação de Sérgio Bermudes (no Jornal do Brasil – f. 148) – “justificaria a publicação dela. Para proteger a liberdade de imprensa, a Constituição, num juízo de valor, consagrou o princípio absoluto da sanção posterior à publicação danosa”.

54. “A inexistência de possibilidade de restrição prévia da liberdade de imprensa, no sistema da Constituição do Brasil” – conclui o jurista respeitado – “repele qualquer decisão judicial, liminar ou definitiva, que pretendesse impedir uma publicação jornalística”.

55. Nem aí, porém, as águas, em que navegam os juristas, são assim tão remansosas.

56. Em posição diametralmente oposta, situa-se o celebrado Gilmar Mendes (Colisão de Direitos Fundamentais (...) em Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, 1998, p. 85), a partir da garantia da inviolabilidade dos direitos da personalidade, do art. 5º, X – do qual, assevera, “parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido” e ao qual, de respeito, faz remissão o art. 220, § 1º, ao proclamar a liberdade de informação jornalística – assim como ‘da efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito’ (art. 5º, XXXVI) – que muito pouco significaria, concluir, “se a intervenção” (judiciária) “somente pudesse se dar após a configuração da lesão”.”

95. A questão teórica envolvendo o conflito entre liberdade de informação – e particularmente a liberdade de imprensa – e direitos da personalidade foi abordada por vários Ministros do STF no próprio contexto da ADPF 130, embora esse não fosse propriamente o tema ali discutido. A conclusão geral na ocasião foi igualmente no sentido de que da liberdade de informação não é absoluta, justificando-se restrições a ela com fundamento nos direitos da personalidade, que também têm *status* constitucional. Trataram da questão nesse sentido, *e.g.*, os Ministros Menezes Direito⁹¹, Cezar Peluso⁹²,

⁹¹ P. 86/87/91: “Por outro lado, estou convencido, como assinalai em outra ocasião, de que o sistema de garantia dos chamados direitos da personalidade ganhou especial proteção da Constituição de 1988, sejam aqueles relativos à integridade física, sejam aqueles relativos à integridade moral, nestes incluídos os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem (cf. Estudos de direito público e privado,

Ellen Gracie⁹³, Celso de Mello⁹⁴ e Gilmar Mendes⁹⁵. O Ministro Gilmar Mendes, na realidade, manteve a posição doutrinária já manifestada anteriormente⁹⁶ e inclusive mencionada pelo Ministro Pertence no trecho da decisão da Petição 2.702 transcrita acima.

RENOVAR, 2006, págs. 259 e segs.). (...) Quando encaminhei meu raciocínio para concluir pela suspensão integral da lei, tinha na minha consciência essa perspectiva, qual seja, afastar a lei vigente porque incompatível com o sistema constitucional de 1988, sem perder de vista a necessidade de valorizar a defesa dos direitos da personalidade. É que a própria Constituição Federal criou essa ampla liberdade de informação e de proteção dos direitos da personalidade. (...) Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana."

⁹² P. 123: "Noutras palavras, a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana."

⁹³ Pp. 127/128: "Não descuido, tal como fez o nobre relator, do dogma, conquistado a duras penas pelos Estados Democráticos de Direito, de que a imprensa é essencialmente livre ou, então, não é imprensa, não podendo o Estado cair na tentação de se fazer intermediário entre as atividades de expressão e informação e a sociedade. No entanto, não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num "estado de momentânea paralisia" para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A idéia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício. (...) Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no artigo 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu artigo 5º."

⁹⁴ Pp. 161/174 "É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (...) Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à liberdade de informação, de um lado, e à preservação da honra, de outro – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada 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."

⁹⁵ Pp. 226, 227, 234, 235: "Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X) (...) Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. (...) Essas colocações hão de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas. Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os

96. A Corte voltou ao tema na Reclamação 9428, ocasião em que se discutiu se decisão judicial que proibiu jornal de divulgar dados cobertos por sigilo de justiça com fundamento na proteção da intimidade violava a autoridade da decisão proferida da ADPF 130. Também aqui o interessado era pessoa que tinha vínculos com o Poder Público. Ao examinar a reclamação, e embora críticas de mérito tenham sido dirigidas à decisão reclamada, o STF afirmou que não decidiu, na ADPF 130, que a tutela preventiva e específica em favor dos direitos da personalidade estaria vedada, de modo que não se cogitaria, na hipótese, de violação à autoridade daquele acórdão pela decisão reclamada. O ponto foi destacado pelo Relator, Ministro Cezar Peluso, nos seguintes termos:

*“Ora, não se extraem do acórdão da ADPF nº 130 motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões isoladas, para, convertendo-se em rationes decidendi determinantes atribuíveis aos pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. E, muito menos, nos exatos termos em que está posta, na decisão impugnada, a complexa questão de **concordância prática**, i. e., nos contornos do caso concreto, entre as garantias constitucionais de inviolabilidade dos direitos à intimidade e à honra (art. 5º, inc. X), o alcance da liberdade de imprensa (art. 220, caput) e a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, imposto por decisão judicial (art. 5º, inc. XII), sob comunicação da prática de crime (arts. 8º e 10 da Lei nº 9.296, de 1996, e art. 153, § 1º-A, do Código Penal).*

Daquele acórdão nada consta.

Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição, quanto à ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada. Bata recordar as decisivas manifestações que relevaram a necessidade de ponderação, tendentes a conduzi-los a uma

direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa,”

⁹⁶ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2012 (quarta edição).

concordância prática nas particularidades de cada caso onde se lhes revele contraste teórico, entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade, como intimidade, honra e imagem, para por em evidência o desacordo externado sobre a tese da absoluta prevalência hierárquica da liberdade de expressão frente aos demais direitos fundamentais.”

97. No mesmo sentido foi o registro do Ministro Eros Grau (p. 243):

“De qualquer modo, é também necessário dizer que a liberdade de imprensa coexiste com a proteção de intimidade. Por essa razão, embora se repudie sob todas as formas a censura, ao juiz incumbe decidir, em cada caso, sobre a relatividade da liberdade de imprensa e da proteção da intimidade. Nenhuma é superior a outra, não há nenhuma absoluta e ao juiz incumbe, caso a caso, limitado pela lei, decidir a situação. Por isso cada caso há de ser examinado individualizadamente.”

98. E dos debates entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Carlos Brito, também na Reclamação 9428, consta o seguinte esclarecimento, de aparte do Ministro Gilmar Mendes (pgs. 219/220):

“É importante que haja o debate. Agora, vem a questão – desculpe Ministro Britto, por esse aparte se alongar, porque houve tantas participações, mas isso é necessário para o esclarecimento, por isso estamos debatendo: é o conceito de censura prévia, que Vossa Excelência foca dentro da unicidade intelectual que marca o seu caráter, definindo que a censura prévia constitui não só a eventual intervenção legislativa, como a intervenção administrativa, como também a eventual intervenção judicial.

O Ministro Peluso já coloca de outra maneira e eu já havia também colocado quando fiz no meu voto, entendendo que essa matéria era passível de proteção judicial efetiva, porque esse é um princípio elementar. Inclusive, quando nós lemos e debatemos aqui a cláusula do art. 220, nós ressaltávamos esse aspecto (...). Aí, vem todos os dispositivos que tratam da preservação da intimidade, há honra. Mas, então, Vossa Excelência coloca um adendo nesse seu pensamento dizendo “primeiro se publica e depois se busca a proteção”, o que resulta apenas em indenização. Quando o texto constitucional – e essa é uma regra central do sistema – diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ficará imune à proteção judicial, é isso que resulta. (...) Isso foi focado na época. Eu pelo menos procurei deixar muito claro. Se é inviolável a honra, a intimidade, a vida privada das pessoas e se o sistema tem esse modelo de proteção judicial efetiva, não apenas para lesão, mas

para ameaça a lesão, é preciso que isso tenha alguma consequência, não que se banalize esse tipo de prática.”

99. Pois bem. Diante do que se acaba de expor, cabe fazer uma última nota acerca dos arts. 20 e 21 do Código Civil, impugnados na ADI 4815. Por facilidade transcrevem-se os dispositivos:

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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

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.

100. O art. 21, a rigor, reproduz o que diz a Constituição no art. 5º, incisos X – sobre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada – e XXXV – sobre a inafastabilidade do controle judicial na hipótese de lesão ou ameaça a direito. Caberá ao juiz avaliar, diante das circunstâncias de cada caso concreto, o que integra a vida privada, ou a intimidade, e o que não integra, bem como levar em conta outras normas pertinentes na hipótese (como, *e.g.*, as que tratem da publicidade no âmbito da Administração Pública) e tomar as providências necessárias para impedir a lesão. A opção do legislador, claramente, é a de que a tutela específica é possível, não se havendo de cogitar que a indenização posterior seria a única forma de lidar com a violação à intimidade.

101. Já o art. 20 apresenta uma redação que não é realmente a mais feliz, embora o dispositivo não trate propriamente da difusão de informações sobre pessoas e menos ainda de biografias, e sim do uso da imagem, da divulgação de escritos e da transmissão da palavra. O dispositivo acaba se comunicando com o tema dos direitos autorais e do direito de arena⁹⁷ e, como se sabe, a imagem de um indivíduo não pode ser usada sem o seu consentimento em um anúncio publicitário, por exemplo, e, do mesmo

⁹⁷ Sobre o assunto, v. Alaor Barbosa, Dois temas importantes: Biografias “não-autorizadas” e limites de citações de livros, *Revista de Informação Legislativa* 181: 234, 2009.

modo, a legislação regula os limites da liberdade de informação jornalística em face de obras protegidas por direito autoral.

102. Seja como for, é fato que o dispositivo pode ser interpretado de forma inadequada e usado para restringir as liberdades de expressão e informação, como já se tem verificado. A redação da norma contribui em certa medida para esse equívoco pois as expressões “administração da justiça” e “manutenção da ordem pública” não abarcam, em seu sentido mais usual, o princípio geral das liberdades de expressão e de informação. O dispositivo também não faz distinções importantes, como a que decorre de as circunstâncias e fatos serem públicos ou inerentes à intimidade do indivíduo. Assim, é certo que a imagem de uma pessoa (qualquer pessoa) não poderia ser associada a um produto em um comercial sem autorização, mas poderá ser exibida em um jornal quando envolvida em um evento público, não se cogitando aqui de autorização.

103. Ora, considerando a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência brasileiras acerca do modelo 3 identificado acima, não é surpreendente que a doutrina há anos sustentasse que o art. 20 do Código Civil deveria ser interpretado à luz da Constituição, de modo a evitar hierarquizações entre os direitos envolvidos, e permitir uma ponderação mais adequada à luz dos elementos constitucionais pertinentes e das circunstâncias do caso concreto⁹⁸. Nesse sentido é a posição doutrinária do Ministro Luís Roberto Barroso:

“De fato, as leituras mais evidentes do art. 20 do novo Código o levam a um confronto direto com a Constituição: as liberdades de expressão e de informação são por ele esvaziadas: consagra-se uma inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão; e as supostas válvulas de escape para essa regra geral de preferência são cláusulas que não repercutem qualquer disposição constitucional. Nada obstante essa primeira

⁹⁸ Anderson Schreiber, “Os direitos da personalidade e o código civil de 2002”. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (orgs.), *Diálogos sobre direito civil*, 2008, p. 235-237: “Por esta razão, alguns autores chegaram mesmo a sustentar a inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil brasileiro, em face da liberdade de pensamentos e do acesso à informação consagrados no art. 5º da norma fundamental. Embora não seja imprescindível concluir pela inconstitucionalidade, o certo é que o Poder Judiciário, na análise dos casos envolvendo o uso indevido de imagem, deverá ter em conta diversas circunstâncias que, embora não sendo mencionados pelo art. 20, afiguram-se relevantes para a ponderação entre os interesses tutelados que vêm a se chocar nestas espécies de conflito. A melhor doutrina sustenta, assim, que o magistrado deverá atentar, por exemplo, para ‘a veracidade do fato’; ‘a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia’; ‘o local do fato’; ‘a natureza do fato’ (fato que é notícia por si, como uma enchente ou uma eleição, ou que se torna notícia apenas por conta da pessoa envolvida); ‘a existência de interesse público na divulgação em tese’; e assim por diante.”

visão, parece possível adotar uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo, capaz de evitar a declaração formal de inconstitucionalidade de seu texto. (...) Ou seja: ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art.20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente”⁹⁹.

104. Em resumo, conflitos entre liberdade de expressão e de informação, de um lado, e inviolabilidade da intimidade e da vida privada, de outro, terão de ser solucionados pelo juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, por meio de um raciocínio ponderativo que leve em conta a posição preferencial das liberdades mas proteja, igualmente, os direitos personalíssimos dos afetados, podendo envolver a determinação de tutela específica e/ou indenizatória. A Constituição de 1988 não admite que se vede a possibilidade de tutela específica – legitimando eventuais violações a direito e limitando o acesso à Justiça a eventual indenização posterior –, nem que se atribua um direito potestativo ao indivíduo de definir o que pode ou não ser publicado a seu respeito. O art. 20 do Código Civil deve ser compreendido e aplicado a luz dessas premissas constitucionais.

V. CONCLUSÕES

105. De tudo o que se expôs até aqui é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas nos seguintes termos:

I – A inviolabilidade da intimidade e da vida privada é um direito fundamental titularizado por todos os indivíduos à luz da Constituição de 1988, que poderá tanto impor restrições a outros direitos como sofrer compressões por conta de outros direitos, mas não poderá ser esvaziada. A liberdade de informação, em particular, terá de conviver com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nos termos do art. 220, § 1º, X, e a pesquisa historiográfica, embora um fim público importante, não afasta, por isso,

⁹⁹ Luís Roberto Barroso, “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*, 2007, p.96.

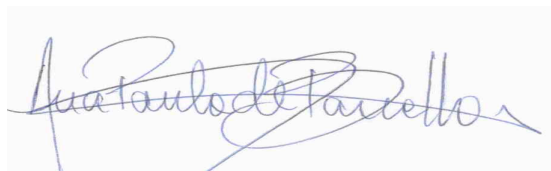
a proteção constitucional da intimidade, sobretudo das pessoas vivas. As opções pessoais de cada um podem restringir o escopo dessa proteção e, no caso de pessoas notórias, os aspectos públicos de suas vidas não integram a área de inviolabilidade. Isso não significa, porém, que não lhes reste espaço de intimidade e vida privada a ser protegido.

II – As liberdades de expressão e informação gozam de posição preferencial no sistema constitucional brasileiro, sendo a preferência da liberdade de expressão mais ampla que a da informação. A liberdade de imprensa goza de uma posição preferencial reforçada. Essa posição preferencial, geral ou reforçada, deve ser levada a sério pelo legislador e, sobretudo, pelo aplicador do Direito diante de eventuais conflitos com outros direitos e fins públicos, mas não impede a ponderação caso a caso. A elaboração de biografias é uma manifestação da liberdade de informação e, eventualmente, da liberdade de expressão, embora não se equipare propriamente ao ofício da imprensa.

III – Eventual conflito entre a liberdade de informação e a inviolabilidade da intimidade terá de ser resolvido pelo juiz, à luz do caso concreto, que deverá considerar a posição preferencial das liberdades de expressão e informação, mas também a inviolabilidade da intimidade. Os direitos em questão têm igual assento constitucional, não sendo válido hierarquizá-los de forma rígida e em abstrato. Invalidez tanto de se impedir a tutela específica – legitimando violações a direito e limitando o acesso à Justiça a eventual indenização posterior –, quanto de se atribuir um direito potestativo ao indivíduo de definir o que pode ou não ser publicado a seu respeito. Necessidade de ponderação pelo juiz, que poderá valer-se de tutela tanto específica quanto indenizatória para a proteção de direito personalíssimo.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2013.



Ana Paula de Barcellos