

Liberdades colidentes e relações privadas: As biografias não autorizadas e a proposta de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro

Conflicting liberties and private relations: The unauthorized biographies and the proposed amendment to art. 20 of the Brazilian Civil Code

Maria Cláudia Cachapuz

Doutora em Direito Civil.

Professora do Mestrado em Direito do Unilasalle.

Juíza de Direito no RS.

RESUMO: O presente trabalho analisa a proposta recente de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro pelo Projeto de Lei nº 393/2011, em que discutido o problema da restrição a direitos fundamentais nas relações entre privados pela publicação não autorizada de biografias de personalidades públicas. Compreende-se que a estrutura normativa dos direitos de personalidade estende às relações entre privados o mesmo feixe de posições jurídicas que garante a proteção jusfundamental prevista no art. 5º, inc. IV e X, da CF, sem dispensar o intérprete da necessidade de promover a mesma relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo. Em acréscimo, estuda-se a extensão das restrições externas a direitos fundamentais, evitando-se uma interpretação que possa causar situação de ofensa explícita à previsão constitucional dos artigos 5º e 220 da Constituição Federal.

ABSTRACT: This paper analyzes the recent proposed amendment to art. 20 by the Brazilian Civil Code, which discussed the problem of restriction of fundamental rights in private relations between the publication of unauthorized biographies of public figures. It is understood that the normative structure of personality rights extends to relations between private the same bunch of legal positions that ensures jusfundamental protection provided for in article 5th, inc. IV and X, of the Brazilian Constitution, without missing to the judge the need to promote the same relative

weighting required to fundamental rights. In addition, the text analyzes the extent of external restrictions to fundamental rights, avoiding an interpretation that may cause offense to the situation of explicit constitutional provisions of articles 5th and 220 of the Federal Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Relações privadas. Direitos de personalidade. Interpretação. Restrições a direitos fundamentais. Biografias não autorizadas.

KEY WORDS: Private relations. Personality rights. Interpretation. Restrictions on fundamental rights. Unauthorized biograph

Introdução

A recente proposta de debate público sobre a divulgação não autorizada de biografias de personalidades públicas - em face da tramitação do Projeto de Lei nº 393/2011 no Congresso Nacional, com pretensão de alteração, por inclusão, da disciplina normativa do art. 20 do Código Civil brasileiro - permitiu novamente que se dispusesse à discussão o problema da restrição a direitos fundamentais nas relações entre privados. Principalmente, porque interpretada a alteração de Lei, por um senso comum, ora como uma liberdade abusiva – portanto, impeditiva a uma defesa da vida privada -, ora como garantidora de uma ameaça de censura pressuposta pela leitura apressada do art. 21 do Código Civil. Em ambos os casos, uma discussão que se polariza por extremos no exame das restrições a direitos fundamentais e que antecipa a dificuldade de compreensão do intérprete jurídico sobre as normas dispostas no ordenamento jurídico civil.

Para que se possa, de forma nada passional, efetuar o debate jurídico acerca do conflito entre liberdades colidentes – ou seja, pondo em evidência o confronto entre o interesse público de expressão de um pensamento e o interesse particular de defesa da vida íntima e privada a qualquer indivíduo ou coletividade -, é necessário que se parta de uma compreensão clara entre os limites do que se tem como esfera pública e do que se reconhece como o âmbito privado da vida de relação. É que quando se buscam identificar espaços precisos ao público e ao privado, partindo-se,

inclusive, da diferenciação proposta por Hannah Arendt (ARENDR, 1959) entre esferas do político, do social e do privado, resta estabelecida, de certa forma, também uma distinção entre um plano de igualdade e um plano de diferenciação dos indivíduos – naquilo que Hannah Arendt definiu como integrante de uma esfera de exclusividade. É a mesma situação observada por Celso Lafer quando demarcado um traço de distinção entre o vínculo de confiança exclusiva existente no que é privado e de confiança externa no que se refere ao público¹.

O tema adquire maior facilidade de abordagem quando analisado a partir da dimensão de liberdade proposta pela doutrina kantiana à luz de conceitos como os de igualdade e universalização. Assim explica Marcelo Galuppo:

Se a universalização é condição legítima de existência de um dever, e se a universalização implica imparcialidade, quer dizer que cada ser humano deve considerar-se *igual* a qualquer outro ser racional, no que concerne a direitos e deveres. Então, a igualdade é também condição da própria moral e do próprio direito moderno, e o Princípio da Igualdade 'exige uma reciprocidade incondicionada no tratamento com o outro, segundo a qual não me é lícito tratar alguém segundo certo princípio e, ao mesmo tempo, exigir que esse alguém me trate por princípio diverso' (Salgado, 1995: 224). (GALUPPO, 2002, p. 93).

A esfera do público, portanto, resguarda uma relação com o princípio da igualdade justamente por exigir uma reciprocidade ideal de conduta moral, expressa pelo imperativo categórico, a todo ser racional. O princípio da igualdade concentra-se na esfera pública, porque só nesse espaço de convivência torna-se possível universalizar uma restrição de liberdade: "Esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos" (GALUPPO, 2002, p. 95). Quer-se, assim, demonstrar a necessidade de que haja, entre os indivíduos, no âmbito da esfera pública de relacionamento, a possibilidade de partilha de iguais expectativas em relação à experimentação individual de uma liberdade. A ideia de igualdade torna-se fundamental para garantir que todos possam experimentar uma sensação de liberdade individual num ambiente público e concorrer igualmente a um ideal de liberdade. A abordagem do tema a partir de uma categoria universal é que permite identificar, de

¹ Conforme Celso Lafer, "o princípio da exclusividade, além de legitimar com fundamento em Kant o direito à intimidade, permite também precisar por que se trata de um direito autônomo da personalidade, independente de outros direitos, como o direito ao nome, à honra e à reputação. Com efeito, estes direitos da personalidade são importantes no relacionamento com terceiros, seja na esfera social, seja na

forma ideal, a possibilidade de que qualquer liberdade seja assegurada por meio de uma "autolimitação" (GALUPPO, 2002, p. 95), exigível a todos que se disponham a compartilhar o meio público.

É circunstância distinta, portanto, do tipo de vínculo esperado no entorno da esfera privada, marcada pelo reservado e típico a cada pessoa. Quando refere Hannah Arendt (1959, p. 52-53) a hipótese de manifestação de uma confiança exclusiva no meio privado, destaca justamente a autora a oposição de uma ótica particular ao que se faria universal ou universalizável pela conduta do indivíduo. No privado, tem-se a possibilidade de ver afirmada, de forma mais ampla, uma prática de liberdade individual, sem ainda verificar o compromisso de que a expressão de liberdade, mantida no plano privado, pretenda tornar-se uma prática universalizável².

No cerne da discussão proposta pelo Projeto de Lei nº 393/2011, por consequência, o que se torna evidenciada é a necessidade de compreensão de espaços distintos entre as esferas do público e do privado. Uma polaridade que, proposta em abstrato para fins didáticos à interpretação, tem apenas o intuito de apontar a razão de confiança identificada nas esferas do público e do privado, tornando visível, na primeira, a exigência de uma reciprocidade de tratamento por um conceito de igualdade - e, assim, universalizável - e, na segunda, a observação de uma situação particular e exclusiva - por isso mesmo tendente a se manter dentro de uma ótica reservada, não universalizável³.

Não se pretende, contudo, a partir destas considerações iniciais, ampliar o estudo do direito à intimidade e à vida privada à outra investigação paralela, relativa à autonomia da vontade no plano privado. Aqui, a pretensão de análise é quanto à suficiência ou não das disposições normativas dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro à orientação do trabalho do intérprete na solução de casos difíceis que tratem

² Assim quando analisa Hannah Arendt a opção pelo casamento misto e o enfrentamento de uma questão de discriminação racial em sociedade (ARENDR, 1959, p. 53). Hannah Arendt chega a afirmar que os próprios "padrões sociais", baseados em situações empíricas que abrangem inclusive práticas discriminatórias, não podem se tornar "padrões legais", sob pena de tornar-se a própria sociedade um ente "tirânico" (ARENDR, 1959, p. 53).

³ A questão é apreciada por Hannah Arendt, à luz das lições políticas de Kant, especialmente quando analisa o suposto conflito da política com a moralidade, em tema que a própria autora já teria enfrentado, anos antes, no texto 'Reflections on little rock': "A publicidade já é o critério da retidão na sua filosofia moral. Assim, por exemplo: 'Todos consideram a lei moral como algo que se pode declarar publicamente, mas consideram suas máximas como algo que deve ser escondido' [...]. As máximas privadas devem ser submetidas a um exame pelo qual se descobre se elas podem ser publicamente declaradas. A moralidade, aqui, é a coincidência entre o privado e o público. Insistir na privacidade da máxima é ser mau. Ser mau, portanto, caracteriza-se pela evasão do domínio público." (ARENDR, 1994, p. 51).

de liberdades colidentes, visando solucionar, em concreto, o conflito proposto quando da publicação de biografias não autorizadas.

Para tal intuito, parte-se da compreensão de que a vontade individual orienta-se, necessariamente, por meio de uma ideia regulatória do que pode ser traduzido como universalizável (pelo dever) - na medida em que pela vontade geral se traduz como uma moral objetiva - e não por aquilo que seja particular ao indivíduo⁴ - como a visão específica da vida privada. A ideia regulatória é a de que, para a solução dos conflitos nas relações de liberdade entre privados, possa se compatibilizar o livre arbítrio a uma concepção de liberdade compartilhada em sociedade⁵, legitimando-se um poder normativo de restrição à liberdade individual, sem, no entanto, eliminar-se o que há de original na pessoa, ou seja, o que lhe identifica de forma exclusiva⁶.

Tal observação explica a afirmativa de Habermas em relação à forma como o agir humano se aproxima da imagem de uma esfera privada ou pública, conforme a perspectiva de tornar possível a universalização de uma ação específica:

Da diferenciação deontológica entre questões normativas da acção correcta e questões valorativas do bem viver revela, então, um conceito restrito de moral, moldado à imagem da esfera privada do indivíduo e inicialmente dissociado da esfera pública da vida em comum de organização social, se tivermos como base um conceito restrito e individualista de pessoa. Em contrapartida, assim que tomamos como ponto de partida o conceito do indivíduo essencialmente socializado e concebemos o ponto de vista moral como implícito na estrutura do reconhecimento recíproco dos sujeitos de acção comunicativa, a moral privada e a justiça pública deixam de se distinguir em princípio para passarem a diferenciar-se

⁴ Como afirma Habermas, "a verdade é que enquanto cada vontade autónoma se considera em uníssono com todos os outros habitantes inteligíveis do reino das finalidades, serão válidas as máximas que posso desejar (à luz da minha compreensão acerca do mundo e de mim próprio) como regras de uma prática geral" (HABERMAS, 1991, p. 153).

⁵ Novamente é Habermas quem explica a relação de liberdade e autonomia em Kant: "Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançado individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista" (HABERMAS, 2004, p. 13).

⁶ Ainda assim há aproximações. Esclarece Hannah Arendt que "la facultad de juzgar particulares (descubierta por Kant), la capacidad de decir 'esto está mal', 'esto es bello', etc., no coincide con la facultad de pensar. El pensar opera con lo invisible, con representaciones de cosas que están ausentes; el juzgar siempre se ocupa de particulares y cosas que están a mano. Pero ambos están interrelacionados de forma semejante a como se interconectan conciencia moral y conciencia del mundo. Si el pensar, el dos en uno del diálogo silencioso, actualiza la diferencia dentro de nuestra identidad, dada en la conciencia, y por ello produce la conciencia como su subproducto, entonces el juzgar, el subproducto del efecto liberador del pensar, realiza el pensamiento, lo hace manifiesto en el mundo de las apariencias, donde nunca estoy solo y siempre demasiado ocupado para pensar" (ARENDR, 1998, p. 136).

unicamente em grau de organização e em mediação institucional das interações. Torna-se, então, evidente que as pessoas entendidas como *indivíduos* que se respeitam uns aos outros têm exactamente as mesmas obrigações morais que as pessoas entendidas como *membros* de uma comunidade proposta a realizar objectivos colectivos. (HABERMAS, 1991, p. 162).

A partir de tal compreensão, portanto, é possível analisar-se, jurídica e dogmaticamente, a situação hoje pressuposta nas normas dos artigos 20 e 21 do CC, visando contribuir para a melhor interpretação sobre o debate acerca da publicação de biografias não autorizadas, justamente em razão da discussão proposta, legislativamente, pelo Projeto de Lei 393/2011.

Parte I: A representação dogmática dos arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro e o exame das liberdades colidentes.

O exame específico da matéria sobre privacidade, como descrita no presente trabalho, é preocupação extraída especialmente da leitura dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. A partir dos enunciados normativos propostos, questiona-se a possibilidade de reconhecer, no texto da Lei, a manifestação de cláusulas gerais que possam estender ao âmbito da relação entre privados – portanto, afastando a necessidade de uma justificação constitucional, à luz do art. 5º da CF, a todo caso novo proposto entre particulares (sem o interesse do Estado) -, todas as ferramentas pressupostas, constitucionalmente, para o debate entre as liberdades colidentes, como as referentes aos direitos de livre expressão do pensamento (art. 5º, inc. IV, da CF) e de tutela específica da intimidade e da vida privada (art. 5º, inc. X, da CF) dos sujeitos de direito.

Isto não quer dizer que não esteja pressuposta nesta discussão a questão constitucional relativa ao aparente conflito dos inc. IV e X do art. 5º da CF ou mesmo em relação à argumentação fundada na aplicação de um princípio de dignidade à pessoa humana (art. 1º, inc. III, do CF). Apenas reconhece-se uma função de descarga

ao enunciado normativo⁷, possibilitando-se que os artigos do Código Civil prevejam todas as ferramentas já dispostas no âmbito constitucional, de forma a resolver, diretamente, o conflito entre privados.

Historicamente, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça chegou a reconhecer a necessidade de construção indireta por cláusulas gerais no ordenamento jurídico-civil brasileiro anterior (Código Civil de 1916), quando inexistente ainda um capítulo exclusivo sobre os direitos de personalidade⁸. Mas também reproduziu outras decisões⁹ em que o fundamento de proteção à intimidade e à vida privada encontrava razão direta no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Outras decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda anteriores ao atual Código Civil brasileiro, apresentaram análise dos direitos fundamentais a partir da adoção de uma teoria das esferas¹⁰, acolhendo o fundamento da dignidade humana apenas de forma complementar. Tal ação passou a indicar certa preferência pela técnica indireta, muito embora não tenha ainda o STF enfrentado o tema da argumentação nas questões de privacidade com relação específica às relações jurídico-privadas.

A diferença está na apreciação que se pretende estabelecer em relação aos princípios de liberdade e de dignidade do ponto de vista formal. A técnica direta de fundamentação de uma tutela à privacidade no âmbito das relações civis, a partir, tão-somente, da aplicação de um princípio de dignidade, permite a substituição do princípio formal de liberdade negativa - essencial à própria tutela da personalidade -

⁷ Nesse sentido o trabalho de CACHAPUZ, Maria Cláudia no texto “O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados”, ainda no prelo, apresentado no XXII CONPEDI/UNINOVE, realizado na cidade de São Paulo, em novembro de 2013.

⁸ Assim, na utilização do art. 159 do antigo Código Civil brasileiro como cláusula geral para reconhecer direito indenizatório por uso indevido da imagem, como no acórdão BRASIL. STJ, REsp. 58101/SP. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DJ de 09.03.1998. Ou ainda, utilizando-se a cláusula geral do art. 159 do então Código Civil brasileiro para afastar limites indenizatórios ou de decadência de direito, como previstos em legislação especial. Neste sentido, as seguintes decisões: BRASIL. STJ, AG 245436. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DJ de 01.09.1999; BRASIL. STJ, AG 278696. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DJ de 24.03.2000; e BRASIL. STJ, REsp. 103312/RJ. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DJ de 09.10.2000.

⁹ Assim, ao tratar sobre o tema afeto à investigação de paternidade e imposição de realização de exame de DNA. Ainda que envolva relação entre o cidadão e o Estado, há decisões proferidas no STJ em que o fundamento à proteção à intimidade não se encontra estabelecido no art. 5º, inc. X, mas, de forma direta, no art. 1º, inc. III da Constituição Federal. Conferir em BRASIL. STJ, HC 012622. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DJ de 09.08.2001. Sobre a matéria, ver ainda MORAES, 2000. Na defesa de uma técnica direta de fundamentação, ainda da autora, o tema "o dano moral como lesão à dignidade", em MORAES, 2003, p. 129 a 140. No sentido de uma fundamentação direta, conferir a doutrina de NEGREIROS, 2002, p. 19-23; TEPEDINO, 2001, p. 47-50; SARLET, 2000 e 2001, p. 104.

¹⁰ Conferir nas decisões antes mencionadas: BRASIL. STF, MSMC 23669/DF. Relator; Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 17.04.2000, p. 04; BRASIL. STF, MS 23669/DF (conexo). Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 14.02.2001, p. 17; BRASIL. STF, Inq 1867/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ de 12.02.2003, p. 19.

por um conceito concreto de dignidade. Tal técnica torna absoluto o conteúdo da norma e inócuo o conflito proposto entre direitos fundamentais. Até porque, na discussão entre um direito à privacidade e um direito à liberdade de expressão, pouco diz a fundamentação que apenas vincula a proteção da intimidade ou da vida privada à dignidade humana, pois a mesma relação entre dignidade e direito fundamental poderia ser afirmada quando analisado o direito à livre expressão¹¹. A utilização de uma técnica direta de fundamentação da tutela da privacidade no princípio constitucional da dignidade humana, em verdade, limita a interpretação a uma concepção de dignidade exclusivamente em sua porção material, sem que se promova o confronto formal entre os princípios da dignidade e da liberdade humanas em análise.

A técnica indireta de fundamentação, por meio da adoção de cláusula geral no âmbito do ordenamento jurídico civil, ao contrário, permite trazer à relação jurídica mantida entre privados a mesma discussão proposta entre princípios no âmbito constitucional, pressupondo, assim, a solução do conflito a partir do exame de todos os princípios contrapostos numa colisão de direitos fundamentais.

Observa-se, para tanto, a compreensão de Konrad Hesse, identificando a penetração do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações reservadas ao Direito Privado, no sentido de que se faz imprescindível o reconhecimento da influência dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo, primeiro, para vincular o legislador a concretizar o "conteúdo jurídico dos direitos fundamentais" (HESSE, 1998, p. 285) nas relações privadas e, segundo, para conferir ao juiz civil a responsabilidade por encontrar, nos conceitos indeterminados e nas cláusulas gerais, os elementos indispensáveis para conectar "as linhas diretivas" (HECK, 1999, p. 117) propostas pela Constituição Federal às situações concretas levadas à discussão jurídica. Essa influência guarda ainda seus limites na própria liberdade pressuposta às relações privadas, diferentes, em essência, das relações de caráter público¹².

¹¹ A dimensão de análise aqui proposta é distinta, portanto, da pretensão de explicitação de um conceito de dignidade humana com base num "substrato axiológico", como aparece em MORAES, 2003, p. 105-147. Até porque não se desconhece a relevância do conceito de dignidade humana, pelo valor que contém em si mesmo, e seu reconhecimento como fundamento constitutivo do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CF).

¹² Da mesma forma, referindo-se ao modo de manifestação da proteção jurídica do Estado também em face dos conflitos gerados entre particulares, Luis Afonso Heck destaca que "o significado do efeito diante de terceiros indireto pode ser visto sobretudo nisto, que, sob as condições da sociedade industrial moderna altamente complexa, ele ajuda também a conservar liberdade e igualdade" (HECK, 1999, p. 119).

Assim, tem-se que a partir da edição o Código Civil brasileiro em 2002, mediante a adoção de um capítulo específico sobre direitos de personalidade, a fundamentação racional para a tutela dos direitos à intimidade e à vida privada restou suficientemente facilitada pela redação conferida, especificamente, ao art. 21. Primeiro, porque o artigo foi inserido num capítulo inédito à codificação civil, tornando possível a concretização legislativa de um direito geral de personalidade voltado à regulação específica das relações jurídico-privadas. Segundo, porque a norma contida no art. 21 tratou não de disciplinar sobre a tutela da personalidade sob uma ótica indenizatória – como o fez a disciplina constitucional do art. 5º -, mas de conferir à intimidade e à vida privada a nota da exclusividade peculiar à esfera da privacidade.

Com isto defendem-se outras duas hipóteses. A primeira, no sentido de que o art. 21 passa a dispensar o caminho de fundamentação constitucional à proteção do direito à intimidade e à vida privada nas relações civis. A dispensa referida, no caso, é para a construção de uma argumentação suficiente à proteção da intimidade e da vida privada no âmbito das relações civis. O que não quer dizer que não se remeta o exame da proporcionalidade, constantemente, aos princípios gerais de direito e à estrutura normativa da Constituição Federal. Apenas considera-se como relevante e capaz de produzir uma função de descarga ao enunciado normativo o fato de que, por incorporar ao ordenamento jurídico civil as mesmas ferramentas de tutela antes oferecidas à proteção da personalidade apenas no âmbito constitucional, o enunciado normativo permite ao intérprete que hoje recorra de forma imediata ao dispositivo legal ordinário para efetivar a tutela específica à intimidade e à vida privada.

A segunda hipótese refere-se ao fato de que, ao proporcionar o destaque à exclusividade em primeiro plano - e não à pretensão indenizatória, como constante no art. 5º da Constituição Federal -, o art. 21 do Código Civil possibilitou a identificação de algumas funções características às cláusulas gerais, tornando-se norma de condução do intérprete à busca de outros enunciados normativos – como a própria disciplina normativa do art. 187 do Código Civil – que sejam capazes de assegurar a efetiva tutela à privacidade do indivíduo, inclusive para evitar uma publicação que atinja, sem interesse público relevante, a vida privada da pessoa.

O artigo 21, portanto, evidenciando a proteção ampla ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, no âmbito das relações privadas, trabalha como um efetivo instrumento de garantia a um direito subjetivo. Antes de promover,

na segunda parte de sua redação, como cláusula geral, uma conexão das situações do âmbito privado à proteção prevista no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, o art. 21 estrutura, de forma específica às relações entre privados, a tutela da esfera privada de todo o indivíduo, a fim de garantir, para a pessoa - e na sua relação em sociedade com os demais -, o mesmo tratamento jurídico de proteção assegurado constitucionalmente nas relações entre o cidadão e o Estado. E vai além: não reduz a compreensão jurídica à possibilidade de que esta proteção seja apenas o reflexo de uma tutela indenizatória. Permite, em verdade, pela constituição de um ilícito à luz do art. 187 do mesmo Código Civil, que, entre privados, seja possível a busca de uma tutela inclusive inibitória, capaz de evitar a consequência danosa à personalidade. Do contrário, não haveria como justificar, por exemplo, a restrição possível a toda e qualquer publicação equivocada do nome da pessoa física ou jurídica em banco cadastral de inadimplentes, quando analisada hipótese de discussão acerca da autodeterminação informativa.

A ideia de direito subjetivo reconhecida, por consequência, deriva da compreensão de que toda a norma de direito fundamental - como se identifica em relação à proteção à intimidade e à vida privada - se apresenta como um feixe de posições jusfundamentais (ALEXY, 2001, p. 240-245), que tanto pode exprimir um direito a algo (ALEXY, 2001, p. 186-210), como pode delimitar uma liberdade (ALEXY, 2001, p. 210-227) ou mesmo determinar uma competência jurídica (ALEXY, 2001, p. 227-240). No âmbito das relações privadas, tais posições tomam significado distinto em relação ao Direito Constitucional, pois objetivam regular as relações específicas entre particulares, assumindo o Estado antes uma função de regulação, que de responsabilização por uma ameaça a direito fundamental. A distinção não afasta a preocupação acerca do direito subjetivo tutelado, nem remete este a uma concepção restritiva¹³, construída em bases distorcidas do pensamento moderno.

Prefere-se compreender que a opção pela estruturação de um direito subjetivo à intimidade e à vida privada no âmbito das relações entre privados significa estender a essas relações, de forma direta, o mesmo feixe de posições jurídicas que garante a tutela específica à esfera do privado em nível constitucional - ou seja, que permite a análise de posições tanto definitivas, como *prima facie* em razão de uma situação jurídica concreta. Mas sem dispensar ao intérprete a necessidade de promover

¹³ Nesse sentido, remete-se à leitura do artigo “A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro”, em que desenvolvida a afirmativa (CACHAPUZ, 2005, p. 116-122).

a mesma relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo. Há que se compreender que estão no texto do art. 21 do Código Civil as ferramentas que autorizam, frente ao caso concreto, discutir a situação em que se encontra, no mínimo, ameaçado o direito de desfrutar de uma esfera própria de privacidade, seja para evitar o próprio dano (art. 187 do CC) – quando ainda *a priori* seja evidenciada uma ameaça de lesão a direito subjetivo -, seja para indenizar situação de em que evidenciado um efetivo prejuízo à pessoa.

Se o art. 21, de forma específica, assegura um direito subjetivo à proteção da intimidade e da vida privada de forma direta às relações privadas, não dispensa que seja o enunciado normativo auxiliado - na solução ao conflito concreto que venha a ser estabelecido em razão de posições jurídicas assumidas pelo sujeito de direito - pelo trabalho dogmático desempenhado por uma cláusula geral, como a do art. 187, capaz de oferecer, de forma ampla, a medida de abertura predisposta à análise de uma esfera da privacidade. Tem-se, no caso, que o art. 187 do novo Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar e necessária ao art. 21, na medida em que, a partir de conceitos indeterminados - fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes -, oferece as razões que orientam a ponderação pressuposta ao exame *prima facie* de um princípio de exclusividade. Ou seja, representa o art. 187 o padrão de abertura que se impõe ao direito subjetivo à intimidade e à vida privada frente à moral. Não se trata, assim, de determinar *a priori* uma limitação à abertura de um direito à moral – o que pressuporia situação de censura em abstrato, com ofensa direta ao art. 220 da Constituição Federal. Mas, em sentido contrário, de orientar dogmaticamente o intérprete quanto às razões de ponderação que deverão ser levadas, a partir do caso concreto, para o enunciado normativo do art. 21, a fim de que seja identificado um conteúdo determinado ao direito de intimidade e de vida privada em questão, inclusive para a verificação de restrições inibitórias por uma ameaça de dano.

Nesse sentido, é situação distinta da estrutura normativa disposta, dogmaticamente, no art. 20 do mesmo Código Civil para a disciplina dos direitos à honra e à imagem. Nesse, o enunciado normativo, em vez de se preocupar em proteger de forma direta os direitos de personalidade relacionados à honra e à imagem do indivíduo - constituindo o direito subjetivo a exemplo do art. 21 -, busca estabelecer, desde logo, limites à liberdade de expressão do pensamento, propondo, numa redação confusa e não tão ampla quanto à do art. 187 do CC, balizas de tutela à defesa da personalidade. Ao contrário da redação do art. 21, o enunciado normativo acaba por

limitar a concepção originária de um direito geral de liberdade, tornando dificultada a interpretação e aplicação do Direito.

Ou seja, se o art. 21 *constitui* o direito subjetivo relativamente à intimidade e à vida privada, de forma aberta, deixando para que o art. 187, de forma complementar, defina a possibilidade de ocorrência ou não do ilícito, o art. 20 preocupa-se em configurar, no sentido oposto, uma liberdade que já nasce limitada e que apresenta tipos limitados à expressão do pensamento quando se trata de regular as condutas normativas referentes à honra e à imagem dos indivíduos. Portanto, tais direitos, que exprimem também liberdades individuais, acabam descritos para as relações civis como limitadores de liberdades – o que não auxilia, de forma alguma, a uma justificação e aplicação do Direito a partir de um caráter mais amplo, voltado à proteção, de forma direta, dos direitos de honra e imagem. E isto porque permite o art. 20 que toda a interpretação confira a sua tônica a limites de proibição, e não à constituição de um direito subjetivo de forma específica às relações civis. O que, de certa forma, condiciona a forma como se impõe ao intérprete a construção dos argumentos à decisão que busque garantir a proteção à honra e à imagem do indivíduo a partir da disciplina civil do art. 20 do CC, inclusive para permitir, abstratamente, a discussão sobre a publicação de biografias não autorizadas.

Havendo uma limitação pressuposta à liberdade – iniciando o enunciado normativo com a expressão “salvo se” -, tem-se que o art. 20 do Código Civil de 2002 passa a exigir uma argumentação complementar por meio da cláusula geral do art. 187 do CC, de forma que possam ser alcançadas, para o caso concreto, as mesmas ferramentas de proteção constitucional previstas no art. 5º, inc. X, da CF. Ou seja, ao contrário do art. 21 que, pela redação mais ampla do enunciado, constitui efetivamente um direito subjetivo à proteção da esfera do íntimo e do privado, o art. 20, de forma mais limitada, tipifica formas de proteção à honra e à imagem e medidas de exposição autorizadas de uma liberdade de expressão do pensamento, tornando restrita a argumentação possível à solução de casos considerados difíceis para o Direito. Para uma efetiva observância do princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana, exige o enunciado normativo referente à proteção da honra e da imagem, portanto, que haja uma argumentação constitucional complementar, capaz de efetivamente conduzir o exame do caso concreto a uma racionalidade suficiente, com condições de possibilitar a resolução de casos difíceis em que observadas liberdades colidentes.

Parte II: A proposta de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro pelo Projeto de Lei nº 393/2011.

Plenamente previsível é a situação criada pelo Projeto de Lei nº 393/2011 ao propor, por acréscimo, um parágrafo específico ao enunciado normativo do art. 20 do Código Civil, disciplinando quanto à ausência da necessidade de prévia autorização para a divulgação de informação biográfica de personalidade pública. Como evidenciado na primeira parte deste trabalho, a redação deficiente do *caput* do art. 20 - limitando tanto um direito à livre expressão do pensamento, pela utilização da expressão “salvo se” logo no início do enunciado, como a própria proteção à honra e à imagem dos indivíduos, ao tipificar situações específicas de ofensa – permite que haja uma permanente necessidade de complementação dos limites previstos na norma, de forma a evitar equívocos de interpretação e tornar possível, para situações novas da vida de relação, o exercício de subsunção pressuposto. Tivesse optado o legislador do Código Civil por uma redação mais aberta ao art. 20 – como, de resto, é visto na estrutura normativa do art. 21 –, talvez situações normativas complementares ao enunciado se fizessem desnecessárias, justamente porque explicitamente autorizada restaria a condução da argumentação ao trabalho de construção jurisprudencial a partir da análise dos casos concretos encaminhados à solução dos tribunais. Bastaria, portanto, que o art. 20 apenas reconhecesse a proteção à honra e à imagem da personalidade, deixando às Cortes o trabalho de construção de soluções às hipóteses de conflito entre liberdades colidentes.

Na medida em que a opção legislativa, ainda na redação originária do Código Civil, foi por uma tipificação explícita das condutas – partindo, *a priori*, de limitações à liberdade de expressão e de tipificação de condutas de proteção à honra e à imagem –, diferente não seria a conduta esperada ao legislador de corrigir os rumos de interpretação da norma na medida em que propostas novas situações de enfrentamento de conflitos de liberdades. Portanto, pela lógica normativa originária, nada é trazido de novo com a proposta de inserção de um parágrafo extra ao art. 20 do CC, na medida em que apenas afirma a liberdade prevista no art. 5º, inc. IV, da CF, utilizando-se da mesma estrutura normativa do texto originário. Ou seja, o Projeto de Lei novamente explicita na norma uma solução interpretativa para o caso concreto, desta vez, com a intenção de

regular o conflito específico entre uma liberdade de expressão do pensamento e uma liberdade à proteção à honra e à imagem pela divulgação de biografia de personalidade pública. Trata-se, contudo, de mera intenção de regulação, como dito.

Ao prever a observância a um direito de liberdade, referindo que “a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade”, o enunciado normativo proposto, em verdade, apenas possibilita identificar, *a priori*, um direito à liberdade de expressão do pensamento. Com isso, porém, nada resta ainda previamente estabelecido em relação à solução de um conflito entre liberdades de expressão e de proteção à honra e à imagem. É apenas mais uma tentativa normativa de tipificar condutas específicas em face de um caso concreto.

Pela estrutura normativa ora disposta, o art. 20 do CC continua a exigir do intérprete – especialmente do juiz de direito, a quem seja encaminhada a situação de liberdades colidentes – uma construção hermenêutica complementar pelas ferramentas propostas nos inc. IV e X do art. 5º da CF. Ou seja, de que o exame do caso concreto pressuponha todo o debate amplo acerca do conflito de direitos fundamentais e da análise do caso a partir de um exercício de ponderação e de aplicação de um princípio de proporcionalidade¹⁴.

Se a ideia aqui reconhecida deriva da compreensão de que toda a norma de direito fundamental - como se identifica em relação à proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas – se caracteriza como um feixe de posições jusfundamentais (ALEXY, 2001, p. 240-245), mesmo que o enunciado normativo se apresente, formalmente, por meio de uma estrutura de interpretação mais limitada, não há como se afastar o intérprete do exercício da argumentação racional, único capaz de potencializar efetivamente o reconhecimento ao livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, não há afirmação de uma restrição de liberdade – no sentido,

¹⁴ Noutra oportunidade, já restou acentuado que “parte-se, por isso mesmo, da concepção adotada por Robert Alexy de que a ideia de existência de direitos fundamentais, necessariamente, corresponde a uma concepção dinâmica de relação jurídica. Qualquer fenômeno relacionado ao estudo de direitos fundamentais deve ser examinado a partir não apenas de posições jurídicas determinadas, mas de todo um processo de argumentação e decisão. Torna-se relevante aí avaliar a existência de direitos fundamentais colidentes, a interferência de princípios pertinentes e a vinculação da situação jurídica concreta a todo um ‘entorno normativo’ (ALEXY, 2001, p. 244). Uma tal concepção, de resto, não afasta a possibilidade de que se discuta doutrinariamente a matéria relativa a direitos fundamentais, mas antecipa a compreensão de que se está frente a questões complexas, que demandam um esforço de construção hermenêutica também complexo, dependente de um adequado trabalho de análise normativa” (CACHAPUZ, 2006, p. 150).

de verificação de uma liberdade negativa *a priori* - no novo parágrafo proposto ao art. 20, senão que a afirmação de uma liberdade de expressão do pensamento, reconduzida à interpretação do art. 5º da CF. Cabe ao intérprete, frente ao caso, efetuar a ponderação exigida ao conflito de liberdades propostos em concreto, observando a proporção de restrição a uma liberdade (de reserva) ou de outra (de exposição e expressão do pensamento), conforme as peculiaridades fáticas e jurídicas impostas pelo caso em apreciação.

A única interpretação que não se apresenta possível pela proposta de novo parágrafo – e, portanto, a suscitar a discussão quanto à possibilidade de censura junto a um senso comum – é a hipótese de querer que a não aprovação do texto normativo ao art. 20 importe, *a contrario sensu*, na compreensão de que resta acolhida a prévia necessidade de autorização do particular ou do Estado à divulgação de determinada informação relacionada, por exemplo, a biografias não autorizadas de personalidades públicas. Esta conclusão hermenêutica, sim, poderia ser traduzida como situação de ofensa explícita à previsão constitucional dos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, justamente por partir de uma compreensão restritiva de direitos *a priori*, quando a própria Constituição Federal estabelece a necessidade de verificação de lógica diversa.

Para tanto, imprescindível é que se pressuponha, como forma de potencialização à autonomia do indivíduo, que toda a apreciação de um sistema de garantias às liberdades individuais e coletivas deva partir de um estímulo ao desenvolvimento livre da personalidade, algo só reconhecível quando o ordenamento jurídico é lido como um ponto de partida, sempre aberto à gênese crítica¹⁵. Portanto, toda e qualquer restrição a liberdades não pode ser constitutiva de um direito, mas externa à própria configuração¹⁶.

Por tal compreensão jurídica – que estabeleceria, *a contrario sensu*, a interpretação restritiva de uma liberdade de expressão -, estaria a se autorizar, para fins

¹⁵ Em outras palavras, pode-se questionar de que forma a leitura pode levar à garantia de um princípio de liberdade, independentemente, desde logo, de uma determinada finalidade material à construção da razão prática. Impõe-se analisar, como explicita Kant, se "se deve tomar como ponto de partida o *princípio material* dela, o *fim* (como objecto do arbítrio)" ou, ao contrário, "o *princípio formal*, isto é, o princípio (fundado apenas sobre a liberdade na relação exterior) que diz: age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal (seja qual for o fim que ela queira)" (KANT, 2002, p. 159)." (CACHAPUZ, 2006, p. 226).

¹⁶ Mais recentemente, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que a teoria externa (ou do que denomina de teoria do "*tatbestand* alargado") apresenta hoje melhores condições que a teoria interna (ou do "*tatbestand* restrito") para atender aos "desafios da *inclusividade* e da *multiculturalidade*" na sociedade complexa (CANOTILHO, 2003, p. 357).

hermenêuticos, uma lógica que partisse de uma concepção limitada de liberdade, em que não há dissociação entre direitos e restrições, pressupondo-se sempre um determinado conteúdo a todo o direito e a toda situação de liberdade. Esta – a liberdade de divulgação de biografia não autorizada - poderia ser limitada frente à análise de uma situação empírica específica – a ausência de uma autorização específica do biografado ou do próprio Estado, conforme o caso -, eis que pressuposta uma concepção material a toda e qualquer restrição imposta à liberdade individual.

É situação diversa, portanto, de uma compreensão do ordenamento jurídico a partir de uma teoria externa de restrições a direitos fundamentais, em que se entende que toda restrição possível a um direito subjetivo - e, principalmente, a um direito fundamental do indivíduo - é independente da própria existência do direito, sendo-lhe externa e exigindo, do ponto de vista formal, uma concepção de liberdade *a priori* ilimitada, ou seja, passível de restrição apenas quando pressuposta a situação de conflito concreta. A garantia do exercício de uma determinada liberdade que seja colidente a outra, nesse caso, é o resultado de uma situação prévia de ponderação entre direitos de liberdade apreendidos do ponto de vista formal, que se tornam objeto de construção de uma razão prática em face de uma situação concreta de análise.

O elemento externo a permitir a restrição a uma liberdade não pode ser, na hipótese, uma razão empírica previamente determinada em Lei – como pretende uma interpretação *a contrario sensu* do novo parágrafo proposta ao art. 20 do CC -, mas deve restar determinado pela razão prática, sempre a partir da análise de uma situação concreta que imponha razões sérias a uma restrição.

Dito de outra forma e aplicado especificamente à pretensão de alteração do art. 20 do Código Civil brasileiro, não há como conceber que a redação originária do artigo referido tenha estabelecido, como lógica, a necessidade de que haja prévia autorização de personalidade pública para a divulgação de uma biografia. O pressuposto é de liberdade. O que pode haver, mediante o exercício de ponderação exigido ao intérprete, é que se veja restrita a liberdade apenas quando oferecidas razões sérias de argumentação a tanto, porque confrontadas liberdades garantidas na Constituição Federal em igual medida.

Considerações Finais

No momento em que proposta a discussão aberta à sociedade quanto à possibilidade, ou não, de divulgação não autorizada de biografias de personalidades públicas, observada a tramitação do Projeto de Lei nº 393/2011 no Congresso Nacional, novamente debate-se a questão do alcance de restrições a direitos fundamentais nas relações entre privados. Fundamentalmente, porque tal debate é motivado pela pretensão de alteração normativa do art. 20 do CC brasileiro.

Nesse sentido, opta-se pela compreensão inicial de que a estruturação de direitos de personalidade no âmbito das relações entre privados significa estender a essas relações o mesmo feixe de posições jurídicas que garante a proteção jusfundamental prevista no art. 5º, inc. IV e X, da CF. E isto sem dispensar o intérprete da necessidade de promover a mesma relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo.

Para tanto é fundamental que se distingam espaços próprios ao que se tem como público e privado, de forma a possibilitar, pela ponderação, chegar-se à solução correta a todo o conflito pressuposto entre liberdades que sejam colidentes. E se a pretensão é a de construir espaços próprios ao que se tem como privado e público, a partir da identificação de mesma relação de diferenciação - e, no fundo, de compatibilidade - entre o particular e o universal, a fim de alcançar uma razão prática a toda ação singular, não há como deixar de aplicar no exame de um conflito sobre direitos fundamentais uma teoria externa à restrição de tais direitos.

Por isso, a conclusão, no trabalho, de que pouca novidade oferece o Projeto de Lei nº 393/2011 ao acrescentar texto normativo ao art. 20 do CC, disciplinando sobre o conflito de liberdades na divulgação de biografias não autorizadas. A explicitação proposta ao enunciado não dispensa a necessária remessa do conflito posto às situações constitucionais previstas no art. 5º, inc. IV e V, justamente porque não oferece argumentação suficiente para encaminhar o intérprete à solução definitiva ao caso.

Apenas não se apresenta possível, *a contrario sensu*, compreender-se que, na hipótese de não aprovação do novo texto normativo ao art. 20, isto importe na conclusão hermenêutica de que exista a necessidade prévia de autorização do particular ou do Estado à divulgação de determinada informação relacionada a biografias não autorizadas de personalidades públicas. Tal conclusão hermenêutica se caracterizaria como situação de ofensa explícita à previsão constitucional dos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, por permitir uma compreensão restritiva de direitos *a priori*,

quando a própria Constituição Federal estabelece a necessidade de verificação de uma lógica diversa.

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: CEPC, 2001.

ARENDT, Hannah. El pensar y las reflexiones morales. In: ARENDT, Hannah. **De la historia a la acción**. Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.

_____. **Lições sobre a filosofia política de Kant**, 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994.

_____. Reflections on little rock. **Dissent**, New York, 6 (1), inverno 1959.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 94, v. 838, p. 114-129, ago. 2005.

_____. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. **O papel das cláusulas gerais para a concreção de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados**, no prelo. São Paulo, XXII CONPEDI/UNINOVE, novembro 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, jan./mar. 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, 3ª reimpressão. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

_____. O direito personalíssimo à filiação e à recusa ao exame de DNA: Uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Novos paradigmas. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.