

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
DIGNÍSSIMA RELATORA CÁRMEN LÚCIA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4815

“O Primeiro Ministro, como um defensor dos direitos em nossa Constituição, aceitou sofrer o dano da difamação, ao invés de tomar qualquer iniciativa que possa desencorajar o avanço e expansão do campo desses direitos. O Primeiro Ministro vê a publicação recentemente lançada como ‘os feios espinhos que crescem nos arbustos das lindas rosas da liberdade’”.

O ex-conselheiro do mandatário de uma nação publica uma biografia não autorizada contendo escandalosas acusações de corrupção contra seu antigo chefe. O Primeiro Ministro, embora legalmente pudesse processar o autor do livro, escolhe dar essa declaração por intermédio de seu conselheiro legal. Pergunta-se: de qual país estamos falando? Alemanha? Reino Unido?

Certamente um país mais democrático que o Brasil, é a conclusão provável. Afinal, trata-se de nação na qual críticas duras a pessoas públicas são tidas como inconvenientes, porém obrigatoriamente toleráveis em razão da necessidade de proteger-se a liberdade de expressão – e, por consequência, a democracia.

O país é o Quênia. Miguna Miguna, o ex-conselheiro, acabou de publicar a biografia. A declaração do Primeiro Ministro Raila Odinga foi feita pelo seu conselheiro legal Paul Mwangi no final de julho de 2012 . Segundo o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, Miguna Miguna seria obrigado a pedir autorização ao Primeiro Ministro para publicar um livro sobre ele. No Quênia o livro foi publicado sem qualquer restrição. Ao observar-se o panorama internacional, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 20 impõe-se como medida que permita ao ordenamento jurídico brasileiro alcançar outro nível de proteção da liberdade de expressão. Não o nível das democracias constitucionais maduras, no qual pretendemos que o Brasil se insira, mas sim o nível mínimo, de países como o Quênia.

ARTIGO 19 BRASIL, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas/MF sob o nº 10.435.847/0001-52, com sede na Rua João Adolfo, 118 – conjunto 802 – CEP: 01050-020 – Centro – São Paulo – SP, vem por sua advogada e bastante procuradora, com base no disposto no artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99 e artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.882/99, respeitosamente à presença de Vossa Excelência manifestar-se como

AMICUS CURIAE

na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo 20 e 21 do Código Civil de 2002, em nome do direito à liberdade de expressão e à informação.

1. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR COMO AMICUS CURIAE

A ARTIGO 19 é uma associação civil, sem fins lucrativos, fundada em Londres no ano de 1986. Tem como principal objetivo proteger e promover o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, previstos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este o motivo para adoção do referido artigo como nome da organização.

O trabalho desenvolvido para a efetivação desses direitos humanos e a importância do tema a nível internacional mostraram a necessidade de expandir os escritórios da organização para outros países, como África, México e Brasil, o que permitiu à entidade participar ativamente da vida política da região em que está inserida. A experiência em variados países gerou um maior conhecimento da realidade destes locais, suas práticas e legislações, o que fez ao longo dos anos que a

organização pudesse contribuir com pesquisas, estudos e publicações, e a partir de 1991 passou a ter "status" consultivo junto a Organização das Nações Unidas – ONU¹.

Desde a sua fundação, a ARTIGO 19 desenvolveu mais de 2000 trabalhos, entre artigos, programas e campanhas voltados para a elaboração de princípios e padrões consagradores da liberdade de expressão e do acesso à informação. Atua em parceria com 22 organizações nacionais espalhadas por mais de trinta países localizados na África, Ásia, Europa, América Latina e Oriente Médio, sendo, inclusive, membro fundadora da organização internacional Intercâmbio de Liberdade de Expressão (International Freedom of Expression Exchange - IFEX), a qual, por meio de sua rede global, congrega 72 organizações que atuam na defesa e promoção do direito à liberdade de expressão.

A ARTIGO 19 é reconhecida internacionalmente por sua atuação em grandes casos judiciais, tanto na defesa de indivíduos que têm seus direitos fundamentais violados, quanto na defesa de jornalistas, buscando assegurar a tão imprescindível liberdade de imprensa, restringida e violada em muitos países.

Especificamente na América do Sul a ARTIGO 19 começou seu trabalho no ano 2000, após uma intensa participação em eventos que discutiam a liberdade de expressão na região. O fruto da participação efetiva nestes processos e o crescente envolvimento na promoção do acesso à informação e da liberdade de expressão na região levaram ao estabelecimento de representantes da entidade no Brasil e no México, entre 2006 e 2007.

A constante presença da ARTIGO 19 na América do Sul possibilitou a consolidação de uma rede de contatos e parcerias com atores regionais, tanto no setor privado quanto no setor público, como também com organizações da sociedade civil,

¹ Cf. UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *NGO information*. Disponível em: <<http://esa.un.org/coordination/ngo/search/search.htm>>.

jornalistas, mídia e órgãos internacionais, como a Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, junto à Organização dos Estados Americanos (OEA).

A nível nacional, a ARTIGO 19 América do Sul apresentou Amicus Curiae em ação que discute a questão da responsabilidade de intermediários e tem acompanhado o projeto do Quadro de Direitos Civis da Internet no Brasil (o “Marco Civil”). Contribuiu, bem como, com as consultas públicas sobre internet, elaborando, inclusive, uma análise comparativa entre o Marco Civil e os padrões internacionais, resultando em recomendações importantes, as quais devem ser observadas e incorporadas à versão final da lei.

Também protocolou Amicus Curiae na ADPF que contestava a constitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) e outro [Amicus Curiae](#)² em conjunto com Amarc em ação que diz respeito à cobrança de direitos autorais da rádio comunitária sobre as transmissões ao público de composições musicais sem prévia autorização dos titulares dos direitos autorais.

Em outra ocasião, protocolou [parecer](#)³ em ação proposta para que fosse analisada a demora injustificada por parte do Poder Público em conceder a outorga para o funcionamento de rádio comunitária, visando demonstrar que esta demora é uma restrição ilegítima e tem consequências desproporcionais e nocivas à liberdade de expressão.

Diversos pareceres também foram protocolados a fim de apresentar os padrões internacionais de difamação, defendendo que não deve haver a responsabilização no âmbito criminal por declarações consideradas ofensivas à reputação de outrem.

² <http://artigo19.org/centro/casos/detail/8>

³ <http://artigo19.org/centro/casos/detail/5>

No Brasil, a ARTIGO 19 desenvolve atividades desde 2008 e estabeleceu no Estatuto Social (doc. 02) as prioridades e objetivos de sua atuação voltada para a América do Sul que são:

(...)

V) monitorar ações estatais que possam restringir o exercício dos direitos protegidos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos jurídicos correlatos, considerando as restrições admitidas pelo direito internacional;

VI) desenvolver campanhas para reduzir ao mínimo eventuais limitações impostas pelo Estado às liberdades de opinião e de expressão e ao direito à informação, incluindo a liberdade de buscar, receber e disseminar informações e ideias por qualquer meio de comunicação, independentemente de fronteiras;

VII) desenvolver campanhas para a supressão de leis, práticas e outros mecanismos que estejam em aparente violação dos direitos protegidos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos jurídicos correlatos.

Referidos objetivos estão sendo plenamente desenvolvidos pela Associação, especialmente, a partir do trabalho realizado para a discussão e efetivação dos direitos à liberdade de expressão e de informação, sendo assim a ARTIGO 19 preenche os requisitos exigidos por esta Egrégia Corte para o deferimento de sua participação na qualidade de *amicus curiae*, pois atua na defesa de questões globais envolvendo a luta pelas liberdades de expressão e de opinião, bem como pelo direito de acesso à informação.

O *amicus curiae* pode ser entendido como a possibilidade de se apresentar outros argumentos aos discutidos pelas partes em uma ação judicial, através da intervenção de outros sujeitos, os quais trazem aos autos opiniões difundidas na sociedade com o objetivo de que a decisão final da ação esteja mais próxima possível da realidade social em que será inserida.

O Supremo Tribunal Federal tem manifestado em diversos julgamentos uma preocupação quanto à adequação de suas decisões ao contexto social, admitindo que terceiros apresentem subsídios técnicos e informações que possam legitimar suas decisões, contribuindo para a qualidade da prestação jurisdicional e o cumprimento do seu papel efetivo de guardião da Constituição Federal.

Resta evidente a legitimidade da ARTIGO 19 BRASIL para tratar dos temas abordados pela presente ação, pois advém do intenso conhecimento, experiência acumulada ao longo de tantos anos de atuação para a consolidação da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, no Brasil, América do Sul e em diversas partes do mundo, em interação com outras organizações da sociedade civil, devendo ser reconhecido à requerente **interesse institucional** para pleitear sua intervenção na qualidade de *amicus curiae* na presente Ação Direta de inconstitucionalidade.

2. INTRODUÇÃO

a) Síntese do Caso

A Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815 a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil

para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, ainda, 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.

Segundo a ANEL, a necessidade de prévia autorização do biografado como condição para publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais é fruto de uma interpretação dos artigos 20 e 21 que não encontra respaldo na Constituição Federal, como pode ser verificado em sua primeira leitura:

*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.***

Os artigos 20 e 21, portanto, são alvo dessa ação uma vez que levam em consideração de forma unilateral apenas o direito do biografado de permitir a publicação de obra que tenha o seu aval, sem levar em conta os dispositivos constitucionais relativos à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas,

que deve existir independente de censura ou licença (Art. 5º, incisos IV, IX), bem como o acesso à informação que deve ser garantido a todos os cidadãos (Art. 5º, inciso XIV).

Com base nos argumentos expostos, a ANEL sustenta que deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 20 e 21 do Código Civil para afastar do ordenamento jurídico determinada interpretação dos dispositivos legais que tem sido invocada para impedir a publicação e a veiculação de obras biográficas não autorizadas pelos biografados ou por pessoas envolvidas, de qualquer forma, nos acontecimentos narrados.

No mesmo sentido, o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro apontou em *Amicus Curiae* protocolado nessa ação que o artigo 20 viola duplamente a Constituição Federal, pois afeta o direito individual dos pesquisadores, bem como a produção de conhecimento. Ao ser chamado a opinar sobre o assunto, o Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Gustavo Tepedino, esclareceu também que os referidos artigos “(...) não de ser interpretados em conformidade com a Constituição da República, de modo a não sacrificar o direito fundamental à informação e às liberdades de expressão e de pensamento. Exclui-se assim, por inconstitucional, qualquer interpretação daqueles dispositivos legais que proíba as obras biográficas, literárias ou audiovisuais, de pessoas notórias, sem prévia autorização dos biografados ou de seus familiares na hipótese de pessoa falecida”.

Por fim, ao ser chamada para manifestar-se no caso em tela, a Procuradora Geral da República emitiu parecer favorável à declaração de inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 por entender que o acolhimento do pedido na ADIN não representa lesão desproporcional aos direitos personalíssimos do biografado. A Advocacia Geral da União, entretanto, foi contrária a esse posicionamento ao defender que há limites na divulgação pública de informações

personais e, assim, considerou que os artigos 20 e 21 não são parcialmente inconstitucionais.

b) Objetivo

Considerando que o objetivo da Artigo 19 é defender e promover a liberdade de expressão e o acesso à informação, apresentamos o presente *Amicus Curiae* no qual iremos demonstrar que os artigos 20 e 21 do Código Civil devem ser declarados parcialmente inconstitucionais, sem redução de texto, pois representam uma grave e injustificável violação à liberdade de expressão, inclusive ao direito à informação e à liberdade de ensino e pesquisa, isto porque:

a) A liberdade de expressão e o acesso à informação são direitos fundamentais para o sistema democrático e englobam o direito de ter acesso a informações sobre personalidades que tiveram importante papel na história política, social, cultural e econômica do país.

b) O texto do artigo 20 do CC, ao exigir de forma taxativa a autorização prévia do indivíduo ou de seus familiares para divulgação de escritos ou publicações sobre tal pessoa constitui censura prévia, o que é vedado pelo ordenamento pátrio e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

c) Para que seja considerada legítima, qualquer restrição à liberdade de expressão e informação deve ser

realizada *a posteriori* e seguir estritamente os padrões internacionais para análise e sopesamento dos casos concretos, o que não ocorre na hipótese dos artigos 20 e 21.

Por estas razões, defenderemos que os artigos 20 e 21 do CC devem ser declarados parcialmente inconstitucionais, sem redução de texto, para que seja dada interpretação conforme a Constituição pois da forma como estão postos acabam por perpetuar um ambiente de censura que o direito constitucional e os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil aboliram ao instituir direitos para garantir a plena liberdade de expressão e informação.

3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ÀS BIOGRAFIAS

a) Padrões internacionais sobre liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão é um dos princípios basilares da noção contemporânea de democracia. Tal direito já foi descrito como um dos fundamentos essenciais das sociedades democráticas e uma das condições básicas para seu progresso e para a auto-realização dos indivíduos.

Já em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, em seu artigo 19, reconheceu que a liberdade de expressão é um direito humano universal e, mais tarde, o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ofereceu forte proteção à liberdade de expressão nos seguintes termos:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

⁴ Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948

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.

A partir disso, verificamos cinco elementos basilares na definição internacional de liberdade de expressão:

- pertence a todos sem distinção;
- inclui o direito de buscar, receber e difundir informações e ideias;
- abarca informações e ideias de toda e qualquer natureza;
- está garantida sem limitações de fronteiras;
- pode ser exercida em qualquer meio de comunicação.

Em recente Comentário General emitido pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a interpretação do artigo 19 do PIDCP, referido órgão enfatizou que o direito à liberdade de expressão engloba a expressão e o recebimento de toda forma de ideia e opiniões capazes de serem transmitidas a outros, respeitadas as exceções previstas no próprio artigo 19, parágrafo 3º (que veremos abaixo) e no artigo 20 (propaganda de guerra e discurso de ódio) do PIDCP. Estariam aí inseridos, portanto, o discurso político, comentários sobre assuntos públicos e da própria pessoa,

discussão sobre direitos humanos, jornalismo, expressões culturais e artísticas, o ensino e o discurso religioso. Estão abraçadas pelo parágrafo 2º do artigo 19 até mesmo aquelas expressões consideradas profundamente ofensivas, dentro dos limites já referidos.

Semelhante proteção é oferecida pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. O sistema europeu, por exemplo, considera a liberdade de expressão um direito essencial especialmente em sua relação com a democracia:

Liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso e para auto realização dos indivíduos. Submetida ao parágrafo 2, aplica-se não apenas a “informações” e “ideias” que serão recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam e incomodam. Tal é a exigência do pluralismo, tolerância e abertura sem os quais não existem “sociedades democráticas”. Conforme definido pelo Artigo 10, essa liberdade é sujeita a exceções, que devem ser, no entanto, construídas de forma restritiva e cuja necessidade deve ser estabelecida de maneira convincente⁵.

⁵ Plon (Societe) contra Franca (Demanda No. 58148/00), 2004 ECHR 200 (18 de maio de 2004) (Corte Européia de Direitos Humanos).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, também consagra o livre fluxo de ideias em seu artigo 13:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O direito à liberdade de expressão se refere não apenas ao direito que cada indivíduo tem de divulgar suas opiniões e pensamentos. Esse direito envolve todo processo comunicacional, garantindo o livre fluxo de informações em uma sociedade democrática. Liberdade de expressão e de informação são duas faces de um mesmo direito que engloba não apenas o ato de divulgar, mas também o de buscar e ter acesso a ideias e informações.

O exercício do direito à liberdade de expressão e do acesso à informação está vinculado ao respeito à vida em sociedade. Um indivíduo só pode se expressar e participar da vida pública se tiver ao seu dispor e alcance informações de múltiplas fontes e em variados formatos.

A importância da liberdade de informação como direito fundamental é inquestionável. Na primeira sessão da Assembleia Geral da ONU em 1946 foi adotada a Resolução 59 (I) que afirmava que a “Liberdade de informação é um direito humano fundamental e (...) o alicerce de todas as outras liberdades a que estão consagradas as Nações Unidas”. Abid Hussain, ex-Relator Especial para Liberdade de Expressão e

Opinião, apresentou seu relatório à Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1995 afirmando que:

A liberdade será destituída de toda efetividade se as pessoas não tiverem acesso à informação. O acesso à informação é elemento básico da vida democrática. A tendência a reter informações do público em geral deve ser fortemente controlada.

b) Liberdade de expressão e informação e a publicação de obras biográficas

A proteção da liberdade de expressão, segundo entendimento do Sistema Interamericano de Proteção, atende a uma função tríplice. Em primeiro lugar, busca resguardar o direito individual de pensar por conta própria, dialogar, compartilhar, discutir os rumos de nossa sociedade, desenvolver nossas opiniões e expressá-las de formas criativas, diversas e de maneira ampla. Em segundo lugar, a proteção ocorre em razão da relação estrutural da liberdade de expressão com a democracia⁶.

O exercício da liberdade de expressão, portanto, não apenas tende à realização pessoal de quem se expressa, mas à consolidação de sociedades verdadeiramente democráticas. Nesse sentido, o Estado deve garantir acesso a

⁶ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte I.D.H., Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

informações plurais e diversas para que as pessoas possam se informar, convencer e serem convencidas a partir de informações variadas e compreensivas, não apenas como meros consumidores de informação, mas como cidadãos. Por fim, considera-se que a liberdade de expressão é protegida porque essencial para realização de outros direitos humanos, como a participação, a liberdade de religião, e mesmo o direito de informar-se e expressar-se para exigir a garantia de direitos econômicos e sociais.

A jurisprudência do Sistema Interamericano enfatiza também a dupla dimensão da liberdade de expressão como direito ao mesmo tempo individual e coletivo. Nesse sentido, limitações ao discurso de um indivíduo produzem impacto sobre toda a coletividade, uma vez que ao mesmo tempo viola-se seu direito individual de expressar-se e o direito da sociedade de receber a informação que se pretendia difundir⁷. Tal foi o posicionamento da Corte Interamericana no caso *Plamara Iribarne contra Chile*⁸, referente ao impedimento imposto pelas autoridades da justiça penal militar chilena à publicação de um livro já escrito que se encontrava em processo de edição e distribuição, considerando que no caso o Estado Chileno teria violado o direito à liberdade de expressão em suas duas dimensões.

Ambas as dimensões da liberdade de expressão são interdependentes e sua dupla proteção é especialmente importante para se garantir que uma não será usada para justificar limitações a outra, por exemplo, justificando-se o monopólio informativo, como esclarece a Corte: “no sería lícito invocar el derecho de

⁷ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 110; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 79; Corte I.D.H., Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 66; Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 32; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁸ Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”⁹.

Importante frisar que o direito à liberdade de expressão garante não apenas o direito de falar e escrever sobre quaisquer temas (além de outras formas de expressão), mas também o direito de difundir os respectivos conteúdos através de quaisquer meios que se escolha para comunicar tais pensamentos, expressões, informações, idéias e opiniões ao maior número possível de destinatários. No próprio caso já mencionado acima (*Palamara Iribarne*), a Corte Interamericana explicitou que o respeito à liberdade de expressão obriga os Estados não somente a permitir que as pessoas se expressem, mas também a não impedir que difundam suas expressões através de meios tais como a publicação de um livro¹⁰.

Em principio, todas as formas de discurso estão protegidas pela liberdade de expressão independentemente de seu conteúdo ou sua aceitação maior ou menor pelo Estado ou pela sociedade. Essa é uma presunção geral de cobertura que impõe uma neutralidade primária ao Estado frente a conteúdos e, segundo a Relatoria para Liberdade de Expressão da OEA, “la necesidad de garantizar que, en

⁹ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33.

¹⁰ Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73.

principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público.”¹¹

Por outro lado, importante também mencionar que, se bem que todas as formas de expressão estão protegidas pelo artigo 13 da Convenção Americana, nos termos do parágrafo anterior, existem igualmente alguns tipos de discurso que recebem do sistema uma proteção especial. Entre aqueles já reconhecidos pela jurisprudência encontram-se o discurso político e sobre assuntos de interesse público, assim como o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções e candidatos a cargos eletivos.

Em relação a tais temas ou conteúdos, o Estado e suas instituições devem ser especialmente cuidadosos e abster-se com maior rigor de estabelecer restrições, tendo em vista a centralidade que esses discursos ocupam para proteção do debate sobre as coisas públicas, sobre a administração do Estado, seus agentes, instituições governamentais e sua gestão e tantos outros temas vitais para manutenção da boa governança, da transparência, do combate à corrupção, da participação e do planejamento e implementação de políticas públicas efetivas. Como resultado, funcionários do Estado devem apresentar um maior nível de tolerância em relação à crítica e ao escrutínio público, em razão da natureza pública da função que ocupam.

Veja-se que pelos termos da proteção relegada à liberdade de expressão no sistema regional, conforme acima exposto, vislumbra-se que o monopólio da informação e o controle prévio concentrado nas mãos de um ou uns poucos indivíduos é inaceitável. O que se pretende defender com a aplicação do artigo 20 do CC, na medida em que tal dispositivo tem sido utilizado para determinar que a

¹¹ Relatoria para Liberdade de Expressão, parágrafo 30.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

publicação de biografias não autorizadas seja proibida ou que estas sejam retiradas de circulação, fere o posicionamento da Convenção Americana consolidada pelos seus órgãos de aplicação.

Importante acrescentar que a produção biográfica, em grande medida, cumpre com uma função de interesse público. Milhares de biografias, das mais diversas personalidades, integram o acervo que nos permite desenvolver temas ligados à ciência, à arte e à tecnologia, entre outros. Não teríamos progredido no ramo do saber e da história sem o conhecimento da vida e trabalho de personalidades importantes e emblemáticas que influenciam os rumos da sociedade e o contexto no qual trabalharam e produziram. Por isso, parte do artigo 20 e 21 do Código Civil é inconstitucional ao limitar a liberdade de investigação, pesquisa, produção e disseminação do conhecimento nestas circunstâncias.

Além disso, os referidos artigos, ao proibir a circulação de biografias e **outras obras**, também viola o direito à liberdade acadêmica, pois os acadêmicos só podem desenvolver suas pesquisas plenamente se tiverem acesso a todas as fontes do saber. Michael Polanyi, polímata húngaro-britânico e um dos maiores defensores da liberdade na academia, definiu que “a liberdade acadêmica consiste no direito de escolher o problema a investigar, em conduzir a pesquisa sem qualquer controle externo”. Portanto, a aplicação dos artigos 20 e 21 de forma literal pelo judiciário impossibilita a liberdade acadêmica e todos os resultados que ela produz, ou seja, restringe a história política, científica e econômica do nosso país e a construção da nossa identidade. Reduzindo nossa história ao interesse de herdeiros, os quais mesmo que sejam legítimos suprimem um direito necessário ao desenvolvimento de toda a sociedade.

Salientamos, uma vez mais, que a publicação de biografias permite o acesso à informação. A liberdade de informação engloba não apenas o direito de

divulgar, mas também o direito de buscar e ter acesso a ideias e informações. E não apenas informações “filtradas” pelas visões e pelos interesses de um grupo restrito de pessoas, mas informações variadas, controversas, díspares, enfim, que evidenciem a pluralidade de olhares e vivências próprios da condição humana.

O direito ao acesso à informação está vinculado ao respeito à vida em sociedade e à efetivação da cidadania. O indivíduo deve ter a sua disposição informações provenientes de diversas fontes para que possa tomar suas decisões cotidianas e também para que seja possível sua plena participação na vida pública.

Uma biografia é capaz de levar ao público informações relevantes até mesmo, por exemplo, para o entendimento da dinâmica social alterada ou influenciada por uma personalidade pública. Assim, a personalidade pública não pode se utilizar de argumentos protetivos à reputação a fim de abafar o debate público, deve tolerar os encargos decorrentes da importância de seu papel e de sua imagem perante a sociedade. Isso não implica que tais pessoas estejam absolutamente destituídas da proteção de seu direito à reputação ou à privacidade. Tais direitos devem sim ser protegidos, mas o fato de uma publicação tratar de temas de relevante interesse público ou de pessoas que exercem função pública gera uma presunção de que, nesses casos, o interesse público na divulgação dessas informações deve sobrepor-se ao direitos individuais envolvidos.

Se assim é, o Estado não pode, de maneira antecipada, taxativa e indiscriminada, proibir uma publicação por que ela violaria direitos personalíssimos. Igualmente não pode delegar esse controle a particulares.

c) A proibição da censura prévia

Como visto acima, existe uma presunção de que todo discurso, em princípio, está protegido pela liberdade de expressão e que alguns discursos, devido a sua centralidade para a democracia, receberiam proteção especial. Por outro lado, o texto da Convenção Americana, assim como ocorre em outros documentos internacionais, é explícito ao estabelecer certos tipos de restrição que são expressamente contrárias ao direito protegido sob o artigo 13. Entre elas, estão aquelas que podem constituir-se em censura sem violar os direitos e princípios estabelecidos. Em todo caso, porém, quaisquer responsabilizações por eventuais abusos devem ser estabelecidas *a posteriori* ao exercício do direito e devem ser excepcionais (artigo 13.2 da Convenção).

O artigo 13.4 da Convenção estabelece a única medida prévia de limitação da liberdade de expressão que não violaria o direito protegido no 13.1. Quaisquer outras medidas desse tipo constituem desprezo aos termos da Convenção e a proteção relegada à liberdade de expressão.

Ao interpretar tais normas da Convenção, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana em 2000, dispõe que “[a] censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de idéias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão” e que “[c]ondicionamentos prévios, tais como de veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte dos Estados, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão reconhecido nos instrumentos internacionais”¹².

¹² Declaração de Princípios, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, princípios 5 e 7.

Segundo a Relatoria para Liberdade de Expressão da OEA,

“[la censura previa es el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión. Tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin.”¹³

Indica a Relatoria alguns exemplos nos quais a jurisprudência interamericana considerou terem os Estados incorrido em censura prévia, entre eles, na apreensão de livros, materiais de imprensa e cópias eletrônicas de documentos, e na proibição judicial de divulgação de livro¹⁴.

No caso conhecido como “A Última Tentação de Cristo”, a Corte manifestou-se especificamente sobre esse tema. A discussão envolvia a proibição pelo governo do Chile da exibição do referido filme. Para a Corte, a permissão de censura

¹³ Marco Jurídico Interamericano, parágrafo 146.

¹⁴ Ver casos: Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135; CIDH. Informe No. 2/96. Caso No. 10.325. Steve Clark y otros. Granada. 1o de marzo de 1996; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. Francisco Martorell. Chile. 3 de mayo de 1996; CIDH. Informe de fondo No. 90/05. Caso No. 12.142. Alejandra Matus Acuña. Chile. 24 de octubre de 2005.

prévia contida no parágrafo 4º do artigo 13 aplica-se apenas para “regular o acesso para a proteção moral de crianças e adolescentes. Em todos os outros casos, qualquer medida preventiva implica lesão à liberdade de pensamento e expressão¹⁵”, além disso, a Corte deixou claro que a atuação do Poder Judiciário ao proibir a exibição do filme, ao invés de impor reparação pelos danos que a exibição tenha causado, constituiu censura prévia¹⁶.

A regra constante do artigo 20 do Código Civil Brasileiro possibilita a proibição preventiva da publicação de uma biografia, o que, de plano, colide com garantias convencionais e constitucionais, uma vez que se trata de censura prévia. Qualquer tipo de restrição deve ser posterior e motivada. Assim, qualquer questionamento do conteúdo de uma biografia deve ser feito apenas após sua publicação. Vale ressaltar que, de acordo com os padrões internacionais de liberdade de expressão, a proibição deve advir de motivo relevante, a partir da caracterização de má fé do redator, ou seja, deve existir intenção de prejudicar para que haja qualquer forma de proibição punitiva.

d) Restrições legítimas à liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto. Entende-se que a liberdade de expressão pode encontrar limitações em outros direitos humanos igualmente consagrados. Por exemplo, as leis que protegem a honra e a

¹⁵ “Article 13(4) of the Convention establishes an exception to prior censorship, since it allows it in the case of public entertainment, but only in order to regulate access for the moral protection of children and adolescents. In all other cases, any preventive measure implies the impairment of freedom of thought and expression.” Olmedo Bustos et al. vs Chile. Julgamento de 5 de fevereiro de 2001. Série C, número 73. Parágrafo 70.

¹⁶ Idem, parágrafo 71.

privacidade tem o condão, em algumas circunstâncias, de restringir o direito à liberdade de expressão.

Nestes casos, estamos diante de uma colisão de direitos fundamentais e por não haver hierarquia automática entre tais direitos, o equilíbrio e a harmonia do sistema jurídico dependerá de um conjunto de regras previamente definidas.

O direito à privacidade e à reputação estão previstos no artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

A Convenção Americana traz texto idêntico em seu artigo 11, também protegendo a privacidade e a reputação.

Importante mencionar que a limitação da liberdade de expressão para proteção de tais direitos está prevista de maneira expressa no artigo 19 do PIDCP e no artigo 13.2 da Convenção Americana:

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser

expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; (...).

A partir disso, afirma-se que não há hierarquia entre o direito à liberdade de expressão e a privacidade ou a reputação, porém o estabelecimento do balanço entre tais direitos deverá ser realizado, no caso concreto, de acordo com um conjunto de regras claramente definidas pelos padrões internacionais, decorrentes da interpretação dos textos dos artigos 19 e 13 já mencionados acima. A partir dessa análise criou-se o conhecido teste trifásico, ou tripartite, segundo o qual qualquer restrição à liberdade de expressão deve:

- i. Ter previsão legal;
- ii. Proteger um interesse legítimo;
- iii. Ser necessária em uma sociedade democrática.

Vejamos a interpretação de tal teste:

(i) Qualquer restrição à expressão ou à informação deve estar prevista em lei. Tal lei deve ser acessível, sem ambiguidades e rigorosa e objetivamente redigida, para que permita ao cidadão prever, com razoável garantia, a legalidade ou não de uma ação específica;

(ii) Além de serem previstas em lei, as limitações devem perseguir os fins listados nos próprios artigos 13 e 19. Qualquer restrição à expressão ou à informação, que se pretende justificar com base no fato de proteger a privacidade ou a reputação de alguém, deve ter o

propósito genuíno e efeito demonstrável de proteção desses interesses e não outros, como a ocultação de comportamentos ilícitos, por exemplo;

(iii) Finalmente, qualquer restrição à liberdade de expressão ou informação, incluindo aquela que visa proteger a privacidade e a reputação de outros, não pode ser justificada a não ser que possa ser convincentemente demonstrado que é necessária numa sociedade democrática. Particularmente, a restrição não pode ser justificada:

a. Se meios menos restritivos e acessíveis existirem através dos quais o interesse legítimo da reputação possa ser protegido;

b. Se, tomando em consideração todas as circunstâncias, a restrição não possuir proporcionalidade porque os benefícios, em termos de proteção da reputação, não são significativamente maiores do que os prejuízos causados à liberdade de expressão.

Importante ressaltar que a jurisprudência internacional tem explicitado que o teste acima detalhado deve ser aplicado com ainda maior rigor para verificar a necessidade da limitação quando estiverem em questão discursos ou expressões que digam respeito a temas de relevante interesse público, debate político, que digam respeito à atuação de agentes do Estado no exercício de suas funções, ou ainda, aqueles que refiram-se a particulares envolvidos voluntariamente em assuntos públicos.

A privacidade de uma pessoa pública é, por natureza, reduzida devido a seu papel perante a sociedade. Destaca-se, neste sentido, a necessidade de

que haja maior tolerância por parte destas figuras, que devem compreender a prioridade do debate livre e aberto.

Neste mesmo sentido, é o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos com base no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos que, como vimos acima, também protege a liberdade de expressão:

“O limite da crítica aceitável é, portanto, mais amplo em relação a um político do que em relação a um particular. Ao contrário deste último, o primeiro, inevitável e conscientemente, coloca-se aberto a um exame minucioso de cada uma de suas palavras e atos por jornalistas e do público em geral, e ele deve, portanto, mostrar um maior grau de tolerância. Sem dúvida, o artigo 10, par. 2 (art. 10-2) permite que a reputação de outros – que quer dizer, de todos os indivíduos - a ser protegido, e estende-se para essa proteção políticos também, mesmo quando eles não estão agindo a título privado, mas, nesses casos, os requisitos de tal proteção têm de ser ponderados em relação aos interesses de discussões abertas de questões políticas.”¹⁷

Vale mencionar também a interpretação exarada recentemente pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU através do Comentário Geral 34, no qual o órgão afirma categoricamente que as restrições ao artigo 19 do PIDCP não devem ser

¹⁷ Cf. Eur. Court H.R., Case of Dichand et al. v. Austria, supra note 120, para. 39; Eur. Court H.R. Case of Lingens vs. Austria, supra note 120, para. 42.

demasiadamente amplas. Devem, outrossim, conformar-se com o princípio da proporcionalidade; devem ser apropriadas para atingir sua função protetiva; devem ser o instrumento menos restritivo entre aqueles que podem atingir tal função protetiva; devem ser proporcionais ao interesse protegido. O princípio da proporcionalidade deve ser observado não apenas pelo legislador, mas igualmente pelas autoridades administrativas e judiciárias que apliquem a lei. A proporcionalidade deve levar em consideração a forma da expressão / discurso, assim como a maneira de sua disseminação. Por exemplo, o valor relegado pelo Pacto à expressão irrestrita é particularmente alto quando as circunstâncias envolvem o debate público em uma sociedade democrática sobre figuras do domínio público ou político.

Detalhando ainda mais o tema, ressaltou a Relatoria para Liberdade de Expressão da OEA:

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con

manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.”¹⁸

O artigo 20 do Código Civil, ao ser aplicado de forma a proibir antecipadamente a publicação sem autorização de biografias e outras obras, inclusive de cunho acadêmico, além de ser incompatível com a proteção internacional da liberdade de expressão por constituir-se censura prévia, é igualmente incompatível com os padrões internacionais por inviabilizar a análise dos casos concretos, impondo restrição absolutamente desproporcional à liberdade de expressão, pois não leva em conta quem é retratado ou se a publicação tem valor para o debate de interesse geral.

Como visto acima, se seguidos os padrões internacionais, os textos biográficos ou outras formas de expressão apenas podem ser questionados através da responsabilização posterior e pela aplicação do teste de três fases acima descrito, com o exame das circunstâncias de cada caso concreto. Restrições genéricas, taxativas e prévias como as previstas pelo artigo 20 do CC não podem ser consideradas legítimas face aos padrões internacionais.

No paradigmático caso Lopes Gomes da Silva, a Corte Européia de Direitos Humanos examinou a validade de restrição da liberdade de expressão em função da reputação no âmbito da persecução penal.¹⁹ A distinção entre pessoas privadas e políticos foi considerada como determinante na tarefa de estabelecer o

¹⁸ El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano – Segunda Edición – 2012

¹⁹ Vicente Jorge Lopes Gomes da Silva, jornalista, era o editor de um jornal de grande circulação em Portugal. Após publicar editorial criticando um candidato em uma eleição municipal, Gomes da Silva foi processado na Corte Criminal de Lisboa. Foi absolvido em primeira instância, mas a Corte de Apelação entendeu que o uso de expressões como “grotesco” para descrever o candidato não estava protegido pela liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional português negou provimento ao recurso. A Corte Europeia reverteu a decisão, garantindo proteção mais ampla da liberdade de expressão.

nível autorizado de restrição da liberdade de expressão em função da reputação²⁰. As exceções à proteção da liberdade de expressão fazem *jus* à interpretação restritiva, estreita, mesmo quando se trata da vida privada de uma figura pública²¹. A Corte concedeu grande peso ao fato de que o editorial veio acompanhado de declarações do político criticado²². O artigo 20 do Código Civil não contém nenhuma dessas distinções e sequer permite análise diferenciada levando em conta a efetivação do direito de resposta. A norma vai claramente contra o entendimento expressado pela Corte no caso citado.

No caso Üstün, o dono de uma editora independente na Turquia, Saim Üstün, foi processado e condenado por ter publicado uma biografia considerada ofensiva. O réu recorreu à Corte Européia. Tanto ele, quanto o governo, estavam de acordo que i) a liberdade de expressão estava envolvida; ii) havia uma restrição a esse direito prevista em lei e com uma finalidade legítima. Mas as partes discordavam sobre a “necessidade” de tal restrição em “uma sociedade democrática”.

A Corte Européia, ao analisar a compatibilidade da condenação com o artigo 10 da Convenção, mormente se o direito turco sobre a matéria procedia a uma restrição necessária em uma sociedade democrática, decidiu em favor de Üstün. De acordo com a manifestação da Corte, o livro não poderia ser censurado porque apesar de conter passagens que “emprestam à narrativa um tom hostil, elas não

²⁰ “As to the limits of acceptable criticism, they are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual.” Lopes Gomes da Silva vs. Portugal. Julgamento de 28 de setembro de 2000. 4a sessão, parágrafo 30.

²¹ “He is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of open discussion of political issues, since exceptions to freedom of expression must be interpreted narrowly (...)” Idem, *ibidem*.

²² Idem, parágrafo 35.

encorajam a violência, resistência armada ou insurreição, e não constituem discurso de ódio²³.”

Da decisão da Corte no caso acima é possível concluir que o artigo 20 do Código Civil, ao proibir a publicação de *qualquer* biografia sem autorização do biografado, configura uma restrição desproporcional à liberdade de expressão.

A experiência da Corte Europeia com casos envolvendo a colisão entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa também trás algumas contribuições para o presente tema. O dever de respeito, que pressupõe os direitos de honra, é muitas vezes alegado por membros de determinada religião em face de uma manifestação que desagrade as suas convicções. Da mesma forma, o artigo 20, objeto desse *Amicus*, pretende restringir manifestações que, em razão de dano à “honra, a boa fama ou a respeitabilidade” violam o respeito que pode ser exigido no trato mútuo em uma sociedade pluralista e tolerante.

Mas a Corte Europeia apontou muito bem que esse critério, em razão de sua total e intrínseca subjetividade, não pode ser utilizado como ferramenta de interpretação. A determinação do que representa uma violação ao dever de respeito não pode ser deixada à mercê do julgamento das partes – nem da ofendida, nem da ofensora. Isso porque “uma determinação subjetiva de o que é ou não respeitoso resultaria meramente em uma reformulação dos pleitos das partes que, por definição, estão em disputa sobre esse mesmo ponto²⁴.”

²³ “the Court finds that, although the passages highlighted by the prosecution do give the narrative a hostile tone, they do not encourage violence, armed resistance or insurrection, and do not constitute hate speech.” *Üstün vs. Turquia*. Julgamento de 10 de maio de 2007. 2a sessão, parágrafo 32.

²⁴ “But who is to decide what “respect” entails? It can hardly be left to those who have made the utterances or who have heard, or heard of, them. A subjective determination of what is or is not respectful would merely result in a restatement of the claims of the parties who, by definition, are in dispute over the very issue.” EVANS, Malcolm D. *From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning The*

No Brasil, lamentavelmente, muitos juízes tomam para si a tarefa de empregar o critério do “respeito” ou da “ofensa”, principalmente quando se trata de questões religiosas. Para isso, legitimam essa escolha nominando levemente o princípio da dignidade da pessoa humana. É evidentemente panfletário o uso de tal princípio, motivo pelo qual a Corte Europeia adotou outros critérios em casos de conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa. Um deles é a gratuidade da ofensa – objetivamente e não segundo o sentir da parte ofendida.²⁵

O artigo 20 do Código Civil, ao garantir à parte retratada em uma publicação a prerrogativa de impedir a sua veiculação, unilateralmente, torna obscura a ponderação entre respeito e liberdade de expressão. A interpretação judicial obviamente não é afastada, pois é o juiz no caso concreto que auferir a existência de dano à honra, boa fama ou respeitabilidade. Mas a formulação do referido dispositivo legal do Código Civil sugere fortemente o caminho interpretativo contraproducente que a Corte Europeia descartou: olha-se para a percepção da parte sobre quem a publicação fala. Essa escolha, quando adotada em jurisdições nas quais existe uma cultura de valorização da liberdade de expressão, é apenas contraproducente. Quando adotado no Brasil, entretanto, é plenamente corrosiva – senão abolidora – da liberdade de expressão. Valoriza-se sempre a avaliação e ponto de vista daquele que foi ofendido. A regra torna-se censurar, e não manter a comunicação aberta.

4) DIREITO COMPARADO

a) Suprema Corte Norte Americana

Freedom of Religion and The Freedom of Expression Before The European Court of Human Rights. **Journal of Law & Religion**. V. 26, 2010, p. 348.

²⁵ “It is, however, for the Court to determine “objectively” that the offense was caused “gratuitously,” that is, in a fashion that “[does] not contribute to any form of public debate capable of further progress in human affairs.” Idem, p. 349.

A jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana é pioneira no estabelecimento de limites à autonomia normativa do Estado na regulação da liberdade de expressão. O conteúdo da garantia consagrada na 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos pode ser entendido como abrangendo a liberdade da mente.²⁶ Essa liberdade é protegida contra violações diretas do Estado – como censuras legais, mas também contra violações indiretas.

A busca da efetivação do direito à liberdade de expressão de um indivíduo muitas vezes tem um custo alto para as partes envolvidas e para o Estado²⁷. Esse custo pode tornar-se excessivo quando os indivíduos são obrigados a defender no Judiciário as opiniões que emitem, ou seja, a litigância tem um custo e pode representar um grave empecilho para o exercício da liberdade de expressão.

Por isso, grande parte da jurisprudência norte-americana, ao contrário do que ocorre nos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro, envolve o desenvolvimento de garantias contra esse custo. Os ministros da Suprema Corte procuraram, ao longo de várias décadas, afastar o uso de critérios subjetivos. Apenas a liberdade de expressão protegida por critérios objetivos pode ser aplicada pois, do contrário, se o cidadão não tem certeza de que não será punido por manifestar determinada opinião, ele obviamente ficará calado por medo de sofrer represálias.

Ainda, com relação à censura prévia, que no Brasil está prevista no artigo 20 do Código Civil em comento, a jurisprudência norte-americana declara a sua completa desconformidade com os valores e princípios de uma sociedade

²⁶ FRIED, Charles. **Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 79.

²⁷ “a true understanding of the problem of free speech in modern society (...) reveals how the freedom to speak depends on the resources at one's disposal, and it reminds us that more is required these days than a soapbox, a good voice, and the talent to hold an audience.” FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**. N. 71, 1986, p. 1410.

democrática. A censura prévia é completamente execrada pelos Tribunais norte-americanos.

No julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* em 1964, a Corte garantiu que a imprensa não pode ser coibida por meio de processos judiciais baseados em postulações que encerram um julgamento subjetivo superficial.²⁸ A Suprema Corte reconheceu que o processo versava sobre informação efetivamente falsa. Porém percebendo que um critério baseado em verdade ou falsidade é de relatividade ínsita – não existe uma verdade absoluta²⁹, a Corte optou por um teste mais protetivo da liberdade de expressão. Uma publicação contendo informação falsa em razão de negligência é diferente da falsidade produzida intencionalmente. O teste, portanto, passou a ser o da *actual malice*, ou explícita má-fé.³⁰ O ônus da prova foi invertido: o ônus de provar a existência de tal má-fé passou a ser atribuído ao autor da ação que entendeu ter sua honra ou imagem ofendida.

O critério do caso *NYT vs. Sullivan* é flagrantemente mais benéfico para a liberdade de expressão que aquele dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

²⁸ Antes de 1964 nunca havia sido aplicada a proteção da 1ª Emenda à casos de difamação. O jornal *New York Times* publicou um anúncio pago apoiando o movimento civil afrodescendente. Tratava-se de forte crítica ao governo, afirmando que houve resposta brutal da polícia a um protesto na cidade de Montgomery, Alabama. O anúncio dizia que Martin Luther King Jr. havia sido preso 7 vezes, quando na verdade havia sido apenas 4 prisões. O comissário de segurança pública da cidade processou o jornal.

²⁹ “The constitutional protection does not turn upon “the truth, popularity, or social utility of the ideas and beliefs which are offered.” ... [E]rroneous statement is inevitable in free debate, and [it] must be protected if the freedoms of expression are to have the “breathing space” that they “need...to survive.” Justice Brennan, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), pp. 271-272.

³⁰ “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with “actual malice” that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.” *Idem*, pp. 279-280.

No caso *Hustler Magazine v. Falwell*³¹ a Suprema Corte reafirmou a forte proteção da liberdade de expressão face a pleitos de desrespeito da honra ou imagem de uma pessoa que foi vítima de crítica ou ataques em 1988. O ministro William Rehnquist, um grande conservador, deixou claro que o critério do “ultrajante” não é operacionalizável em avaliações judiciais de opiniões acerca de figuras públicas. Isso porque o “tipo de debate político robusto encorajado pela 1ª Emenda inevitavelmente produzirá expressões que criticam aqueles com cargos públicos ou aquelas figuras públicas que estão ‘intimamente envolvidas na resolução de questões públicas importantes’³². Dessa forma, não há outra maneira de adequadamente proteger a liberdade de expressão relacionada aos políticos e figuras públicas sem eliminar a possibilidade de que estas possam processar por danos morais aqueles que emitem opiniões sobre elas³³.

No direito norte-americano, portanto, um pedido de reparação por danos morais em função de opinião emitida por outrem quando o atingido é figura pública simplesmente não preenche o requisito de interesse legal de agir. Nesse sentido, uma proibição prévia de publicação de opinião pelos motivos elencados no artigo 20 do Código Civil brasileiro seria um agravante em termos de limitação da

³¹ A Corte rejeitou a possibilidade de que Jerry Falwell, um pastor protestante fundamentalista, pudesse obter reparação por danos morais em função de uma paródia publicada pela revista *Hustler*. O texto trazia uma entrevista fictícia na qual Falwell parecia falar de sua primeira relação sexual, quando na verdade tratava-se da primeira vez que havia bebido determinada bebida alcoólica.

³² “The sort of robust political debate encouraged by the First Amendment is bound to produce speech that is critical of those who hold public office or those public figures who are ‘intimately involved in the resolution of important public questions’. Such criticism, inevitably, will not always be reasoned or moderate; public figures as well as public officials will be subject to ‘vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks’.” *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 US 46 (1988). Justice Rehnquist, p. 52. “If it were possible by laying down a principled standard to separate the one from the other, public discourse would probably suffer little or no harm. But we doubt that there is any such standard, and we are quite sure that the pejorative description ‘outrageous’ does not supply one.” *Idem*, p. 56.

³³ “We conclude that public figures and public officials may not recover for tort of intentional infliction of emotional distress by reason of publication such as the one here at issue without showing in addition that the publication contains a false statement of fact which was made with ‘actual malice’, i.e., whether or not it was true.” *Idem*, p. 57.

liberdade de expressão e, justamente por isso, é tida como simplesmente impensável segundo os padrões internacionais de liberdade de expressão.

Há ainda um terceiro caso da Corte estabelecendo doutrina geral sobre liberdade de expressão e que também guarda relação com o artigo que está sendo discutido nesse *Amicus*. Muito embora o artigo 20 não tenha qualquer relação com a privacidade ou intimidade da pessoa retratada, esse é um dos argumentos comumente interpostos para impedir a publicação de biografias ou matérias na imprensa. No direito norte-americano, após o caso *Time v. Hill*, de 1967, nem mesmo a privacidade é considerada um motivo válido para restringir a liberdade de expressão nessas circunstâncias³⁴. O ministro Brennan aplicou a mesma argumentação desenvolvida no caso *NYT v. Sullivan* para a difamação³⁵.

Do entendimento que a Suprema Corte norte-americana possui acerca das restrições à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos, é possível intuir que os artigos 20 e 21 seriam considerados inconstitucionais para o direito norte-americano.

b) Tribunal Constitucional Federal Alemão

O direito alemão traz aportes de grande relevância para a discussão da constitucionalidade do artigo 20 em foco. Na Alemanha, como no Brasil, a questão

³⁴ A família Hill foi vítima de um sequestro e a revista Time, ao noticiar o fato, afirmou ter ocorrido violência por parte dos sequestradores. A família processou a revista com base na lei de privacidade do estado de Nova York, que protegia a privacidade de figuras públicas contra descrições falsas por parte da imprensa. A Suprema Corte reverteu a decisão do tribunal estadual que havia concedido alto valor à família a título de danos morais.

³⁵ “the constitutional protections for speech and press preclude the application of the New York statute to redress false reports of matters of public interest in the absence of proof that the defendant published the report with knowledge of its falsity or in reckless disregard of the truth.” *TIME, Inc. v. Hill*, 385 US 374 (1967), p. 388.

se coloca em termos da proporcionalidade das restrições. Direitos fundamentais admitem restrições limitadoras de sua proteção, o essencial é avaliar se tais restrições estão dentro daquilo que se convencionou chamar de o “limite dos limites” (*Schranken-Schranke*).

A Constituição Brasileira e a Lei Fundamental Alemã trazem em seu artigo 5º dispositivos similares sobre nada menos que quatro aspectos relevantes para o artigo 20 do Código Civil brasileiro: direito geral de liberdade de expressão;³⁶ regra de proibição de censura prévia;³⁷ proteção da honra pessoal;³⁸ direito geral de liberdade acadêmica.³⁹

A forma como o Tribunal Constitucional Federal procedeu à ponderação de todos esses elementos ao longo de cerca de seis décadas de jurisprudência joga luz esclarecedora sobre os méritos da construção a ser escolhida para o artigo 20. O princípio da proporcionalidade rege tal tarefa, assim como tem sido quando o Supremo Tribunal Federal resolve, no Brasil, colisões entre direitos fundamentais.

³⁶ Constituição Brasileira, Art. 5o, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5o, 1 (primeira parte): “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do *fi lme fi cam* garantidas.”

³⁷ Constituição Brasileira, Art. 5o, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5o, 1 (segunda parte): “Não será exercida censura.”

³⁸ Constituição Brasileira, 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”. Lei Fundamental Alemã, Art. 5o, 2: Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.”

³⁹ Constituição Brasileira, Art. 5o, IX: “é livre a expressão da atividade (...) científica (...)”. Lei Fundamental Alemã: Art. 5o, 3: “A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da *fi delidade* à Constituição.”

No direito alemão a liberdade de expressão - inclusive acadêmica - é reconhecida como tendo por pressuposto o acesso à informação. Isso significa que restrições à liberdade de expressão no sentido de proibição de publicação constituem, por si só, restrições ao direito de leitores – e da população em geral - de ter acesso a tais publicações⁴⁰. A liberdade de expressão e o acesso a tal expressão estão umbilicalmente ligados à própria noção de democracia.⁴¹

A proteção da honra pessoal face ao direito fundamental à liberdade de expressão exige tarefa de ponderação especialmente delicada. O Tribunal Constitucional Federal alemão elaborou jurisprudência específica ao longo de vários anos sobre o assunto, começando já no paradigmático caso Lüth. Nesse caso, a despeito da proteção merecida pela honra pessoal, o Tribunal reconheceu reiteradamente que a liberdade de expressão deve prevalecer na ponderação⁴². A proteção da honra pessoal foi, portanto, “minimizada” em razão da relevância central da liberdade de pensamento e publicação.

O Tribunal alemão preocupa-se sobretudo com a formação da opinião no espaço público e evita o risco de uma “paralisia” desse processo⁴³. Em

⁴⁰ Ou seja, sob a perspectiva do receptor de informações, determina Michael Sachs que „Der Kommunikationsprozess, den Art. 5 I im Interesse der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung schützen will, wäre nur unvollkommen erfasst, wenn die Informationsaufnahme von dem Schutz ausgenommen bliebe.“ SACHS, Michael. **Grundgesetz Kommentar**. 4a. ed. Munique: C.H. Beck, 2007, p. 293.

⁴¹ “Dabei wird zwar auch ein Bezug von ‚ungehinderter Informationsaufnahme‘, ‚freier Meinungsbildung‘ und ‚demokratischer Ordnung‘ hergestellt (...) Schon in der Rechtsprechung von Pressefreiheit werden die Fäden zwischen Informationsfreiheit, Meinungsbildung und Demokratie sehr viel enger geknüpft und der Informationsbegriff in Richtung Wissen/Erkenntnis ausgerichtet.“ VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Eds.). **Festschrift 50 Jahre bundesverfassungsgericht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 226.

⁴² ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 662.

⁴³ „Die im Grundgesetz ausdrücklich positivierte Schranke der allgemeinen Ehrenschatzes hat das Bundesverfassungsgericht auf das Niveau der Schranke der allgemeinen Gesetze heruntergeholt und den

razão disso, a liberdade de expressão tem sua proteção enfatizada, em detrimento da proteção da honra pessoal⁴⁴.

A proibição de censura prevista na Lei Fundamental, da mesma forma, é unanimemente entendida como vedação da censura *prévia* ou privada em relação ao conteúdo de determinada publicação planejada⁴⁵. No exame de proporcionalidade realizado para testar a validade de restrições à liberdade de expressão, a censura *prévia* é entendida como um ataque ao conteúdo essencial do direito fundamental (Wesensgehalt)⁴⁶. A censura *prévia* é objeto do limite dos limites (Schranken-Schranke): é uma restrição da liberdade de expressão que está além daquilo que a Constituição permite em termos de limitações⁴⁷. Segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a censura *prévia* trata-se, portanto, de “limite absoluto de restrições”, não apenas em relação ao direito à liberdade de expressão, mas também ao direito à informação⁴⁸.

5) CONCLUSÃO

Ehrenschaft mittels der Wechselwirkungstheorie minimiert. Das Bundesverfassungsgericht beruft sich auf die ‚Vermutung zugunsten der freien Rede‘ im politischen Meinungskampf und beschwört, ‚die Gefahr eine Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses‘.“ STARCK, Christian. **Kommentar zum Grundgesetz**. Band I. Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19. Munique: Franz Vahlen GmbH, 2005, p. 591.

⁴⁴ „hat es [das Bundesverfassungsgericht] sich von dieser Linie nicht selten entfernt und die Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrenschaft überbetont.“ Idem, p. 1469.

⁴⁵ „Zensur bedeutet daher Vorzensur oder Präventivzensur. (...) Zensur bezieht sich immer auf den Inhalt einer geplanten Veröffentlichung.“ STARK, 576

⁴⁶ ISENSEE, KIRCHHOF, op. cit., p. 660.

⁴⁷ STARCK, op. cit., p. 577.

⁴⁸ A censura *prévia* é denominada absolute Eingreiffsschranke. STERN, op. cit., 1479.

O direito à criação de biografias no direito brasileiro está garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, no direito à livre manifestação do pensamento (inciso IV), à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura ou licença (inciso IX), no direito ao acesso à informação (inciso XIV) e em seu artigo 206, II, no direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

Os artigos 20 e 21, ao possibilitar a proibição de publicação ou circulação de biografias e outras obras, permite a violação dos direitos supracitados, os quais devem ser garantidos pelo Estado, com vistas a fortalecer e preservar a liberdade de expressão e, conseqüentemente, o pleno exercício da democracia pelos cidadãos.]

Qualquer tipo de restrição deve ser posterior e motivada, assim, o pedido de proibição de uma biografia somente pode ser feito apenas após sua publicação, pois o contrário caracterizaria censura prévia, expressamente vedada pela Constituição Federal. Ainda, de acordo com os padrões internacionais de liberdade de expressão, a proibição deve advir de motivo relevante, a partir da caracterização de má fé do redator, ou seja, deve existir intenção de prejudicar para que haja qualquer forma de proibição punitiva.

Nesse sentido é importante ressaltar que, quando o artigo 20 possibilita o pedido – feito por herdeiros ou interessados – de proibir a publicação de uma biografia, fica caracterizada a censura prévia, vedada pela nossa Constituição Federal, sendo uma manifesta violação contra a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento presentes em diversos tratados e convenções internacionais que o Brasil ratificou.

Vale ressaltar que a utilização do referido artigo também impede a plena liberdade acadêmica, o que é muito grave para a produção e divulgação do

conhecimento, para a construção da memória nacional e para o direito ao acesso à informação dos brasileiros.

Além disso, o referido artigo deixa clara sua preferência pela honra pessoal em detrimento da liberdade de expressão e da liberdade acadêmica, sem análise das circunstâncias dos casos concretos e sem ponderação de direitos fundamentais, o que não deve ocorrer em nenhuma hipótese em uma sociedade democrática.

Não se trata de desconsiderar a possibilidade de recolhimento posterior da obra publicada e indenização quando em total desacordo com o direito à reputação e privacidade em casos em que há dolo do autor em causar prejuízo ao biografado, mas sim de afastar a necessidade de autorização prévia do biografado para publicação ou divulgação da obra com base nos direitos à liberdade de expressão e informação, e nos princípios de pluralismo (político, histórico e cultural).

Portanto, os artigos 20 e 21 em sua literalidade representam uma grave e injustificável restrição à liberdade de expressão, direito de ensino e pesquisa, liberdade acadêmica e acesso à cultura, sendo desnecessário e prejudicial a uma sociedade democrática, motivo pelo qual devem ser declarados parcialmente inconstitucionais, sem redução de texto, para que seja estabelecida interpretação conforme a Constituição e em conformidade com os padrões internacionais de liberdade de expressão.

6) PEDIDO

Diante do exposto, a ARTIGO 19 pede que os artigos 20 e 21, previstos no atual Código Civil Brasileiro, sejam declarados parcialmente inconstitucionais, sem redução de texto.

Por fim, requer seja admitida a sua intervenção na qualidade de ***amicus curiae*** na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

São Paulo, 04 de setembro de 2013.



CAMILA MARQUES
OAB/SP nº 325.988



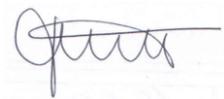
IVAR A. HARTMANN
Professor do Centro de Justiça
e Sociedade da FGV Direito Rio



KARINA QUINTANILHA
OAB/SP nº 316.200



RAISSA MAIA
Estagiária de Direito



THAIS P. DUARTE
Estagiária de Direito

ÍNDICE DE DOCUMENTOS

DOCUMENTOS INSTITUCIONAIS

- Doc. 01** – Estatuto Social ARTIGO 19
- Doc. 02** - Ata de mudança de endereço
- Doc. 03** – Ata de eleição da atual diretoria
- Doc. 04** – Procuração *ad judicium*
- Doc. 05** – Legitimidade da Artigo 19 para figurar como Amicus Curiae