

7

Hipóteses e critérios de ponderação em face do direito à identidade pessoal.

7.1

O problema da ponderação

Uma das questões que são postas com grande frequência no que tange à configuração de um direito à identidade pessoal, seja em sede jurisprudencial ou doutrinária, diz respeito ao problema do conflito entre esse e outros direitos, igualmente merecedores de tutela. Uma análise da jurisprudência italiana revela que nas violações ao direito à identidade pessoal, quase na totalidade das vezes, a lesão provém das atividades jornalísticas, da atividade de propaganda política e comercial, da reconstrução “criativa” de fatos verdadeiros, aos quais se imputa uma falsa representação da personalidade individual do sujeito lesado. Dessa forma, normalmente a fonte da lesão do direito à identidade pessoal consiste em uma atividade que é objeto de uma liberdade garantida constitucionalmente, como, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão.¹

Os primeiros reconhecimentos do direito à identidade pessoal se deram na esfera judicante por ocasião de importantes apontamentos políticos ou eleitorais.

¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 99 e 100. (O autor refere-se, ao citar a liberdade constitucionalmente garantida, àquelas dipostas no artigo 21 da Constituição italiana).

Além disso, os casos de lesão à identidade pessoal eram provenientes dos meios de comunicação de massa, por meio da manipulação e alteração da imagem social que um indivíduo possui diante da coletividade. O direito à identidade pessoal se apresenta, portanto, como “uma delicada encruzilhada na qual convergem, em perigosa rota de colisão, duas ordens de direitos ou interesses dotados de relevância constitucional”.² Tem-se como resultado, assim, uma série de problemas nem sempre claramente percebidos ou abertamente discutidos, que podem suscitar análises de ordem constitucional, civilística e teórico-geral, como: a liberdade de manifestação do pensamento e seus limites; a tutela jurídica da identidade pessoal e seus limites; a influência da Constituição (de algumas normas constitucionais, de algumas de suas interpretações); institutos e conceitos de direito civil, como o direito subjetivo, responsabilidade civil, o dano ressarcível; o diálogo entre doutrina e jurisprudência no processo de configuração e positivação dos direitos fundamentais “não enumerados”.³

A ponderação de interesses⁴ surgiu em resposta às necessidades que se colocavam, uma vez que princípios igualmente mercedores de tutela colidiam em diversos casos concretos, pelo fato de tutelarem, cada um, direitos de partes que se contrapunham em determinada situação conflituosa. Essa era uma questão da qual o direito positivo não conseguia dar conta, uma vez que, desde a sua concepção, era fundado em um sistema de regras que regulavam situações específicas; e regras são imponderáveis: ou são aplicáveis ou não são.⁵

Diante da aplicabilidade dos princípios aos casos postos, vislumbrou-se a possibilidade de sua ponderação, em que se veria qual deve prevalecer em prejuízo do outro, levando-se em conta a relevância do bem jurídico tutelado. No

² A expressão é de Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 10.

³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 10-11.

⁴ A esse respeito, veja-se: Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Jürgen HABERMAS. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 255 et. seq.; Luís Roberto BARROSSO. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Daniel SARMENTO. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ Humberto ÁVILA discorda desse entendimento, segundo o qual as regras são imponderáveis. O autor destaca que, embora o legislador já tenha feito uma ponderação prévia na elaboração das regras, essas admite, sim, ponderação, diante de hipóteses que a elas se sobreponham como excludentes, por exemplo. (Cf. *Teoria dos Princípios*, Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, pp. 17; 28; 82 et. seq.).

entanto, tal mecanismo muitas vezes é de difícil aplicação, dada, muitas vezes, a paridade dos interesses em conflito.

7.2 Hipóteses e critérios de ponderação

Uma questão relevante, quando se trata de ponderação de princípios, diz respeito à sua hierarquia. Ao enfrentarmos o direito à identidade pessoal com outros direitos com fundamento constitucional, é necessário que se verifique a hierarquia dos princípios contrapostos.

Esse ponto, em relação à identidade pessoal, é bastante tranquilo na jurisprudência italiana. Na fundamentação do assento constitucional desse direito normalmente faz-se referência ao art. 2 e, mais raramente, ao art. 3, 2, ambos da Constituição. Assim, embora haja pequenas divergências quanto ao artigo que o fundamenta, não mais se questiona sua proteção constitucional. Assim, serão analisadas quatro situações de conflito, aos quais serão aplicados critérios de ponderação: (i) direito à identidade pessoal vs direito de informação e (ii) direito à identidade pessoal vs direito de crítica, (iii) direito à identidade pessoal vs direito de sátira; (iv) direito à identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística.

É imperativo salientar que é bastante variável a preponderância dos bens da identidade, o que deverá ser considerado em cada caso concreto para efeitos da respectiva ponderação com o peso dos interesses e valores jurídicos conflitantes. Isso porque, na vida em sociedade, verifica-se a pressão de outros direitos ou interesses jurídicos protegidos, como o direito à informação pública, o direito à liberdade de expressão do pensamento crítico, exigências de polícia ou de justiça e finalidades científicas, didáticas ou culturais que, quando de valor superior, excluirão em caso de conflito a ilicitude de certas lesões à identidade.⁶

⁶ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., pp. 253-254.

7.2.1

Direito à identidade pessoal vs direito de informação

O conflito entre identidade pessoal e o direito de informação ocorre freqüentemente. Por exemplo, pode se dar quando um serviço jornalístico, expondo determinados fatos, os distorce ou manipula de modo a determinar uma alteração da personalidade dos sujeitos envolvidos nos eventos reportados. A atividade jornalística é capaz a ocasionar um dano injusto, quando se resolve em uma objetiva alteração da verdadeira opinião ou dos fatos atribuídos a uma certa pessoa.⁷

Nesse caso, o critério para se fazer o balanceamento é o da veracidade. Ele implica que a tutela pode se referir somente à identidade que resulta de opiniões e comportamentos efetivamente exteriorizados, e não, por exemplo, à estima que cada um tem de si mesmo. O critério da veracidade é considerado violado não só na hipótese de direta atribuição a outrem da paternidade de um fato originariamente não verdadeiro, mas também, por exemplo, no caso de “meias verdades”, de abordagens sugestivas e de omissão de elementos relevantes na representação da personalidade alheia (desde que essa omissão acarrete uma completa distorção da personalidade). Igualmente, na representação de fatos em si verdadeiros, mas descontextualizados e “montados” de modo a induzir o destinatário da informação a atribuir a ele um significado diverso daquele originário. A ponderação se dá entre os critérios do interesse público ao conhecimento da notícia (em relação à sua atualidade e utilidade social), e do conteúdo formal (em relação à exposição civil da notícia).⁸

É importante ressaltar que a própria noção de “verdade dos fatos”, sobre a qual se sustenta a tutela da identidade pessoal, deve ser esclarecida. A descrição incompleta ou tendenciosa é falsa não necessariamente porque o fato narrado seja imaginário, mas porque ainda que verdadeiro, venha reportado junto a ele fatos posteriores que se julgam necessários para uma representação compreensiva da dimensão humana do sujeito.⁹

A Corte de Cassação italiana já estabeleceu critérios para a ponderação desses dois interesses. Assim:

⁷ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 110.

⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 110 e 111.

⁹ Angelo SATURNO, “Il diritto all'identità personale”, cit., p. 720.

“Un tale bilanciamento degli opposti valori costituzionali si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua rilevanza sul diritto all'identità personale ove ricorra la triplice condizione:

a) della utilità sociale della notizia;

b) della verità dei fatti divulgati;

c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio”.¹⁰

Assim, para a Corte Cassazione, a existência desses três critérios de forma concomitante para que prevaleça o direito de informação. Caso a informação não seja de interesse público, ou não seja verídica, ou ainda exceda o âmbito informativo para ingressar na subjetividade do sujeito, ou contenha algum tom preconceituoso ou degradante, em qualquer uma dessas hipóteses, prevalece o direito à identidade.

Nesse sentido, exemplarmente, citam-se duas decisões jurisprudenciais italianas, uma do Tribunal de Veneza, outra da Corte de Cassação, que utilizam no deslinde da questão o escalonamento:

“TRIBUNALE DI VENEZIA, 12 OTTOBRE 1999

G.Rizzo contro il quotidiano "Il Gazzettino" e la Finanziaria Editoriale San Marco spa.

La volontaria notorietà pregressa di un soggetto che abbia deciso in passato di rendere pubblica la sua vicenda personale, nella specie il cambiamento di sesso e le sue difficoltà economiche, non rende legittima la pubblicazione di qualsiasi notizia della sua sfera privata e soprattutto di quelle che lo stesso personaggio non ha spontaneamente rivelato. Devono infatti comunque essere rispettati i canoni della verità oggettiva, della continenza e dell'interesse pubblico della notizia, unici criteri che giustificano il sacrificio dei diritti della personalità di ciascuno, costituzionalmente garantiti al pari della libertà di manifestazione del pensiero.

Interessante applicazione della disciplina sulla responsabilità del direttore di testata giornalistica nel rapporto con le redazioni provinciali e nell'organizzazione del quotidiano.” (destacou-se)

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 25 MAGGIO 2000, N. 6877

Invernizzi srl contro R.C.S. Editori spa.

Articolo apparso su "il Corriere Della Sera" il 16 dicembre 1987 dal titolo "Formaggi che uccidono: uno è fatto in Italia". La divulgazione di una notizia lesiva dell'altrui reputazione può essere considerata lecita, se ricorrono le condizioni di verità, continenza e interesse pubblico. Il giornalista può accompagnare l'esposizione dei fatti con altre informazioni che risultino funzionali a una migliore comprensione, ma non deve omettere circostanze che completino la notizia e che possano risultare favorevoli al soggetto in questione, nella specie la casa produttrice di formaggio. Si rende altrimenti colpevole di pubblicazione di

¹⁰ Cassazione, 1984, n. 5259, *apud* Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 112.

*notizie incomplete e non veritiere, ponendosi al di fuori del legittimo esercizio del diritto di cronaca. Sulle notizie deve inoltre essere compiuto un adeguato controllo, incisivo e puntuale.*¹¹ (destacou-se)

No Brasil, o direito de informar encontra proteção constitucional, inclusive na forma de cláusula pétrea porque integrante do rol dos direitos e garantias individuais, e encontra-se disposto no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Por outro lado, o direito à identidade pessoal, decorrente da cláusula geral dos direitos da personalidade como promoção e defesa pessoa humana, disposta no art. 1º, III da Constituição, recebe, também, proteção prioritária, pois nele se fundamenta a República.

Um exemplo prático em que ocorreu o embate desses dois valores constitucionalmente tutelados é o já mencionado¹² processo movido por Raul Fernando do Amaral Street, vulgo Doca Street em face da Rede Globo de Televisão, que pretendia recontar o caso do homicídio por ele cometido contra sua namorada, Ângela Diniz¹³, no programa televisivo da emissora, o *Linha Direta Justiça*.¹⁴ Embora o caso possa também se enquadrar no direito de reelaboração

¹¹Disponíveis em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm>. Acesso em: 10 jan. 2006.

¹² Cf. item 6.2.2, *supra*.

¹³ “Evandro Lins e Silva relatou a denúncia do Ministério Público que no dia 30 de dezembro de 1976, aproximadamente às 16 horas, na residência de Ângela Maria Fernandes Diniz, na Praia dos Ossos, em Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, a vítima Ângela decidiu acabar definitivamente com a ligação amorosa com Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street), mandando-o embora de forma irrevogável, ocasião em que discutiram acaloradamente.

Raul arrumou seus pertences, colou-os no carro e afastou-se da casa, para retornar em seguida, sem nenhuma explicação. Tentou a reconciliação e, vendo-a frustrada, discutiram novamente, momento em que Ângela se afastou para o banheiro. Nessa oportunidade, Raul armou-se de uma arma automática "Bereta" e seguiu sua amásia, encontrando-a no corredor, abordando-a, ocasião em que desferiu vários tiros contra a face e o crânio de Ângela, culminando por matá-la.

O Tribunal do Júri de Cabo Frio somente veio reunir-se em 1980, para julgar Doca Street, ocasião em que Evandro Lins e Silva pronunciou memorável defesa, divulgada por todo o país, através dos meios de comunicação de massa que cobriram intensamente aquele julgamento. (...)

O conselho de sentença aceitou a tese do excesso culposo no estado de legítima defesa [da honra] e o juiz fixou a pena de dois anos de detenção ao réu, concedendo-lhe o direito ao ‘sursis’. (...)

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio anulou o julgamento, mandando Raul Fernando Street a novo Júri. Neste segundo julgamento, [em 1981] do qual não participou o advogado Evandro Lins e Silva, o réu foi condenado a cumprir pena de homicídio [por 15 anos].” (Disponível em: <<http://www.portaljuridicoempresarial.com.br/granjung/grancau27.html>>. Acesso em: 20 jun. 2006).

¹⁴ Sobre o caso, se esclarece: “O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu recurso da *TV Globo* contra o pedido de indenização por danos morais de Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. A decisão foi tomada nesta terça-feira (7/2) pela 5ª Câmara do TJ fluminense.

artística, por se tratar, o programa, de uma encenação dos fatos, colocou-se no direito de informar uma vez que esse é expressamente tutelado pela Constituição, e que comporta o direito de reelaboração artística, na hipótese. Como a decisão fala em direito à informação, assim optamos por também classificá-lo.

O pedido do autor da ação, em primeira instância, foi julgado procedente, inclusive com cominação de multa à parte vencida.¹⁵ Dessa decisão a emissora recorreu, conseguindo modificar a sentença¹⁶ e, assim, o programa foi veiculado.

Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Os desembargadores reformaram a sentença que condenou a emissora a pagar R\$ 250 mil por danos morais a Doca. O relator da matéria, desembargador Milton Fernandes de Sousa, entendeu que a emissora deve ter sua liberdade de expressão garantida e que o programa se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época. O Tribunal aceitou o recurso da emissora por maioria de votos. O revisor, que, teve voto vencido, tinha dado parcial provimento para o recurso ao reduzir o valor da indenização para R\$ 100 mil.

Doca Street alegou que já cumpria a pena a que foi condenado e que já estava reintegrado à sociedade e por isso, a veiculação do programa sobre a sua história teria causado danos à sua imagem. (...)

O juiz de primeira instância, Pedro Freire Raguene, havia entendido que existiu abuso na produção e divulgação do programa. Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no Agravo de Instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.” (Revista Consultor Jurídico, 8 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41707,1>>. Acesso em: 15 jun. 2006).

¹⁵ “A Justiça do Rio de Janeiro condenou a TV Globo a pagar indenização de R\$ 250 mil para Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street. Doca Street, que cumpriu pena de 15 anos de prisão pelo assassinato da *socialite* mineira Ângela Diniz, pediu reparação por danos morais por ter sua história veiculada no programa *Linha Direta*.

Para o juiz, houve abuso na produção e divulgação do programa, já que Doca já havia cumprido pena e sido reintegrado à sociedade. “Vejo o presente fato não como exercício do direito de informação, mas sim como a realização de um programa de televisão com intuito de lucro”, disse Raguene. Doca Street ficou preso por sete anos e foi solto em 1987.

Raguene ressaltou ainda que o caso foi divulgado em um programa e não em uma reportagem e, por isso, não há que se falar em liberdade de imprensa. “O programa em questão não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística, razão pela qual se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses no embate entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade do indivíduo, também assegurado pela Constituição.

Em sua defesa, a TV Globo alegou que o *Linha Direta* trata de casos criminais de grande repercussão, exibindo fatos públicos e históricos. Para a emissora, a divulgação do crime seria “um direito de nossos filhos de ter acesso ao passado da sociedade da qual fazem parte, para que possam compreendê-la melhor”.

O juiz, no entanto, não aceitou os argumentos da Globo. Para ele, não é porque Doca Street cometeu um homicídio no passado, com pena já cumprida, que poderão marcar para sempre sua imagem. ‘Não se aceitará o argumento de que sua condição de ex-criminoso deverá ser assacada ao sabor dos interesses comerciais de quem quer que seja, pois o sistema legal desta terra, ao prever a reabilitação, pretende a inserção ou reinserção do indivíduo na sociedade.’ Para fixar o valor da indenização, ele considerou o fato de o programa ser exibido nacionalmente.

Em 2003, o juiz Pedro Freire Raguene concedeu liminar para impedir a exibição do programa. Mas o desembargador Ferdinando Nascimento, no agravo de instrumento interposto pela emissora, autorizou a sua veiculação.

A questão fundamental que envolve esse caso e que o relaciona com o tema da identidade pessoal já foi outrora mencionada, mas cumpre ser lembrado: há na hipótese, embora não suscitado expressamente, claro embate entre o direito à identidade pessoal do autor da ação e o direito à informação da rede de televisão, embora se fale de honra e imagem. Como já explicitado, o fato de Doca Street ter cometido homicídio, matando Ângela Diniz em 1976, certamente o torna, para si mesmo, uma pessoa diferente do que se não o tivesse feito. O fato, de alguma maneira, conforma o que ele é hoje. No entanto, isso não quer dizer que, atualmente, seja aquela mesma pessoa que cometeu tal ato. Submetido a júri popular que o condenou a 15 anos de reclusão pelo crime, e tendo cumprido a pena, já pagou socialmente pelo crime que cometeu.

Essas duas visões estão presentes no acórdão que julgou o recurso da emissora para reformar a sentença que tinha vedado sua veiculação, sobretudo na declaração de voto do vogal, Des. Antonio Saldanha Palheiro, e no voto do revisor, que foi vencido, Des. Antonio Cesar Siqueira, ficando claro o embate de dois preceitos constitucionais aplicados diretamente nessa relação jurídica privada. Por esse motivo, é relevante a transcrição de passagens dos votos de ambos.

A TV Globo ainda pode recorrer da sentença.” (Revista Consultor Jurídico, 12 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37050,1>>. Acesso em: 25 jun. 2006).

¹⁶ “IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES. 1- O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado. 2- Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem. 3- As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador. 4- A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia de quaisquer delas. 5- Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou idéias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada. 6- Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais. 7- Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação. 8- Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com o seu passado.” (Ap. Cível nº 2005.001.54774 – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, 5ª Câmara Cível. Julgado em: 28/03/2006).

Inicia-se com o relatório:

“Recurso de apelação tempestivamente interposto contra sentença que julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, experimentado em razão de matéria jornalística.

A sentença adota os seguintes fundamentos: (a) não se trata de exercício do direito de informação, mas sim, de um programa de televisão com intuito de lucro; (b) a condenação imposta ao apelado foi cumprida e veio este a se reintegrar na sociedade; (c) o programa não é o que se poderia chamar de informação jornalística; (d) fatos passados podem ser classificados de muitas coisas, mas nunca de informação nova propriamente dita; (e) a conduta do apelante foi abusiva; (f) o depoimento das testemunhas demonstram a repercussão negativa; (g) há dano moral.

O apelante alega, em resumo, que: (a) o programa se limita à abordagem de fatos já públicos e históricos; (b) não divulgou fatos relacionados à vida privada do apelado; (c) é um direito de nossos filhos terem acesso ao passado da sociedade; (d) todo o programa foi focado em fatos já divulgados pela imprensa; (e) o valor do dano moral deve ser reduzido; (f) a correção monetária deve incluir a partir da decisão que fixar o valor da indenização.

O apelado, em contra-razões, prestigia a sentença”.

Passa-se então à “Declaração de voto” do Des. Antonio Saldanha Palheiro, vogal, fazendo análises pontuais quanto a temas relevantes levantados.

“(…)De início, havemos de confrontar os direitos fundamentais, elencados em diferentes incisos do mesmo capítulo constitucional, contido integralmente em seu artigo 5º, que aparentemente estariam em colidência, transferindo ao intérprete a função de aplicá-los com justiça.

De um lado, temos a livre manifestação do pensamento e liberdade de manifestação através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em tal circunstância, havemos de afirmar inicialmente a premissa de equivalência dos direitos fundamentais com os próprios princípios constitucionais, em face de sua incontestável relevância na estrutura da Carta Política.

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho de solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da Constituição, pela qual a interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados.”

Claro está que, no caso em análise, reconheceu-se um conflito de normas constitucionais que deveria ser resolvido. Diante dele, se vislumbra, independente do posicionamento adotado quanto à questão específica, que se aplica a norma prevista na Constituição de forma direta na relação jurídica privada.

Prossegue:

“(...)A responsabilidade dos órgãos de divulgação pelo conteúdo das notícias que veiculam é inescusável, em face da magnitude do impacto que pode provocar na esfera individual e coletiva.

Por outro lado, *consignamos que a limitação do direito de informar, em prestígio à honra e imagem dos indivíduos, sofre uma mitigação quando se trata de pessoa ou fatos públicos, já que esta condição traz para a coletividade o legítimo interesse de conhecimento.*

Na hipótese concreta, entendemos que o caso externa *interesse social* pela própria repercussão que tomou na época do acontecido, ensejando acalorados debates nos planos jurídico, sociológico, psicológico, histórico e antropológico em diversos seguimentos da sociedade, posto que trazia à baila a velha controvérsia da tolerância da punição extrema contra a mulher contra a mulher contra qualquer ato de infidelidade, ao argumento da chamada “legítima defesa da honra”.

A retumbância que tornou o episódio famoso e com indiscutíveis contornos de interesse histórico e social decorreu das próprias circunstâncias que rodearam a perpetração, levando à conclusão de que, se por um lado não se pode imputar a ninguém a responsabilidade por tal eclosão, de outro, não se pode cogitar de que perdeu o interesse do conhecimento coletivo porque seu principal personagem já cumpriu a penalidade que lhe foi imposta.

Impossível delimitar com precisão exaustiva as causas que acarretam repercussão a fatos ou pessoas, mas *a conclusão inafastável é de que, se por qualquer razão externou interesse social e acadêmico, a sociedade passa a deter o direito de discutir e avaliar suas causas e conseqüências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade.*

Não cogitamos, sequer remotamente, de mitigar a relevante e progressista vertente de relevo dos direitos da personalidade referente à privacidade e intimidade, que devem ser protegidas a qualquer custo, como indelével garantia do cidadão de não se ver devassado em sua prerrogativa de manter o anonimato, mas tal salvaguarda *dirige-se exatamente para os que se mantêm anônimos*, não podendo infelizmente alcançar aqueles que, embora não o desejem, são alçados à condição de protagonistas de fatos notórios e conseqüentemente de interesse público.

Esta circunstância faz emergir, na ponderação de interesses, o *direito ao conhecimento, que se traduz em verdadeiro patrimônio da democracia.*

Uma das principais trincheiras da luta da liberdade contra o autoritarismo é exatamente *a luta da informação contra o esquecimento.*

Não obstante o significativo alerta do I. Revisor de que deveríamos concentrar nossa análise no caso concreto, na busca exclusiva da justiça para a questão posta em exame, não se pode afastar a relevância da deliberação judicial em casos tais como precedente, a nortear a orientação dos órgãos de comunicação e da própria conduta social, na preservação da tão aviltada segurança jurídica, que, como conseqüência da previsibilidade das decisões judiciais, desponta como norteador do comportamento social, afastando a perplexidade das pessoas do povo pelas decisões contraditórias e reforçando o crédito na justiça.

Neste sentido, reflito assustado quanto ao regozijo de todos os criminosos, aí incluídos os tiranos de qualquer matiz, ante a possibilidade de assegurar que seus atos serão varridos do julgamento da história uma vez superado o técnico e acanhado julgamento judicial.

Não podemos esquecer todos os romances, peças, filmes e seriados que retratam episódios históricos, porque assim caracterizados pelo interesse e relevância social, apontando facetas de nenhuma nobreza de seus personagens, que devem

necessariamente ser identificados e nomeados exatamente para a precisão do registro histórico social e acadêmico, que marcam a identidade de um povo.

Destaco, em passado recente, seriado que narrou parte da vida de nosso querido e festejado diplomata e escritor Euclides da Cunha, que termina seus dias como vítima de homicídio cometido pelo amante de sua mulher, amigo de escola militar de seu filho, o qual foi absolvido pelo então Tribunal do Júri da Capital da República ao fundamento de legítima defesa.

Os descendentes próximos da mulher tentaram por todos os meios inibir a exibição, sem sucesso, pois não há como suprimir da sociedade, o direito ao conhecimento de tão significativo e dramático episódio, independente do tempo decorrido.

Como referência ainda de maior destaque temos o episódio do “Governador Collor”, marcado pela prepotência, desmando e corrupção, que culminou com a decretação de *impeachment* do presidente, afastado da chefia da nação através de julgamento político do legislativo, mas absolvido pelo Superior Tribunal Federal pelas razões de natureza técnico-jurídica que os magistrados não podem se furtar de observar.

Inconcebível cogitar-se subtrair da sociedade brasileira a possibilidade de rediscutir e esmiuçar este nefasto capítulo de nossa vida política para preservação da intimidade e privacidade do ex-presidente, o qual, frise-se, não foi sequer condenado com o adimplemento integral da sanção, mas sim absolvido pela mais elevada corte do país, o que, com muito mais razão, a prevalecer o argumento da sentença, lhe acarretaria o direito de não sofrer o reavivamento de momentos tão tormentosos à sua família.

É indiscutível que a tese não prevalece, eis que o aprendizado que dali se extrai como marcar da atuação popular sobreleva o direito a intimidade e privacidade de quem quer que seja.

Infundáveis os exemplos outros que se poderia colecionar.

O cumprimento integral da sanção penal restaura evidentemente a plenitude dos direitos do apenado, mas não tem, desafortunadamente, o condão de apagar os fatos da memória popular, porque esta pertence apenas ao próprio povo, com todas as vicissitudes que tal circunstância possa acarretar ao respectivo protagonista.

Destaque-se que o episódio objeto do questionamento está narrado com detalhes em várias obras literária, algumas referidas na peça de defesa e outras que lá não estão mas são do conhecimento deste julgador, todas livremente disponibilizadas nas livrarias e bibliotecas, sem considerarmos ainda que o caso serve de referência acadêmica em diversos cursos jurídicos de todo o país.

Se o respeito ao direito a privacidade, que reverenciamos como um dos fundamentais bastiões da democracia, servir de camuflagem para ocultar da memória do povo a identidade dos criminosos e prestar-se a enterrar o lixo da história, deve ser ponderadamente mitigado em benefício do sentido pedagógico e crítico que acarretam à revolução social.

Outro argumento que a nós não sensibiliza refere o longo prazo decorrido – 30 anos, período absolutamente inexpressivo no contexto histórico, destacando-se que fatos ocorridos há 30 anos são tecnicamente tratados como história contemporânea, não se prestando a justificar o suposto esquecimento.

De outro lado, não podemos deixar de consignar que, a narrativa de situações de ressonância social que contemplam situações desabonadoras a seus personagens, deve observar três fatores de limitação intransponíveis, sob pena de, em qualquer circunstância, afetar a honra subjetiva dos envolvidos e assim ensejar reparação imaterial: primeiro, *que a descrição seja verdadeira, limitando-se a fatos comprovados, com retratação fidedigna dos registros oficiais*; segundo, *que não exerça juízo de valor, isentando-se de adjetivações e subjetivismos para, assim,*

preservar o quanto possível sua natureza histórica-jornalística, legitimando o direito de manifestação; e, terceiro, que não decline sequer indícios da atual situação dos envolvidos, de forma a minimizar a possibilidade de investidas preconceituosas e aventureiras.

No caso em exame, entendemos que estes herméticos postulados foram rigorosamente observados, afastando qualquer caráter de ilicitude da exibição, isentando, conseqüentemente, o dever de reparar.

Desta forma, ressaltando as ilustradas e técnicas ponderações do I. Revisor, ousou dele divergir, acompanhando o nobre relator para julgar em procedente o pedido.”¹⁷(destacou-se)

Assim, pela ponderação feita pelo vogal, deve prevalecer o direito à informação, em respeito à democracia e em virtude de a retratação se operar de forma fidedigna, sem atribuir ao autor atos e características que não tenha praticado ou que não tinha na época do fato. Defende-se, dessa forma, que direito à informação da mesma forma que se operou para as retratações de Euclides da Cunha e Fernando Collor de Mello, em virtude do seu interesse público e do seu caráter histórico.

Passa-se, então à análise da fundamentação do voto vencido:

“Apelação Cível nº: 2005.001.54774 - Voto Vencido

Em que pese o brilhantismo dos autores dos votos vencedores, a quem rendo minhas homenagens, ousei divergir pelos motivos que se seguem.

Em primeiro lugar, é necessário que se faça uma descrição minuciosa dos fatos, que, aliás, são incontrovertidos.

Nos idos de 1976, o autor da ação cometeu um crime que teve grave repercussão social, gerando, na época, um vasto acompanhamento jornalístico, principalmente porque o apelado veio a ser absolvido no primeiro julgamento.

Posteriormente, levado a novo júri, veio a ser condenado a pesada pena privativa de liberdade que cumpriu integralmente, sendo extinta a sua punibilidade em 1997.

Durante esses quase 30 anos decorridos do fato, o autor, uma vez recobrada a liberdade, restabeleceu sua vida, tendo constituído família, sem que qualquer outro fato desabonador de sua conduta tenha sido registrado desde então.

Também é verdade que ao saber da produção do programa pela empresa ré, o autor demonstrou seu inconformismo, tanto que chegou obter liminar vedando a exibição do programa, que posteriormente, veio a ser reformada por decisão da maioria do colegiado.

Sendo esses os fatos, a pergunta crucial à solução da demanda parece ser a seguinte: É justo, e, portanto, legal, a exibição de um programa televisivo em horário nobre, relatando os acontecimentos de quase 30 anos atrás, em evidente prejuízo da imagem, da intimidade, da vida privada e da honra do autor?

A resposta como não podia deixar de ser, não é de fácil alcance, nem permite a formulação de um juízo que possa se firmar como referência para outros casos análogos, eis que coloca frente a frente à prevalência de direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁷ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Saldanha Palheiro – vogal.

Assim, entendo a orientação dos votos condutores no sentido de que a proteção da liberdade de informação, em uma sociedade democrática, deve ser incentivada, porém, no caso em exame parece-me que essa liberdade deve respeitar a preservação da intimidade e dignidade da pessoa humana.

De início, para embasar essas conclusões, convém lembrar que *com o cumprimento da pena surge para o apenado após cinco anos o direito à reabilitação, conforme previsto nos artigos 93 do Código Penal e 202 da Lei de Execuções Penais, sendo que após a edição desta última regra, não mais necessário se torna aguardar este prazo.*

Como efeito da reabilitação, está o sigilo dos registros criminais do reabilitado, não sendo eles mais objeto de folha de antecedente ou certidões dos cartórios, e, como ensina Mirabete, no Código Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1999, página 493, 'em parte este sigilo é automático, a partir do cumprimento ou extinção da pena, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei'

Isso quer dizer que a própria administração pública, com o cumprimento da pena, *está proibida de fazer qualquer referência* aos fatos ou mesmo aos procedimentos que levaram a condenação.

Se assim o é pergunta-se: Estaria o particular excetuado dessa regra no puro interesse privado consistente na produção de um programa que relata fatos pretéritos?

Carlos Alberto Direito em brilhante artigo publicado nas folhas 29/37 da Revista Forense, volume 363, faz importante divisão, que parece-me pertinente para exame do caso concreto.

Diz o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que há que se fazer uma diferenciação entre divulgação de fato presente e de fato pretérito. A divulgação de fato atual com interesse jornalístico em face do inegável interesse público que revela, deve respeitar um só freio, qual seja, a veracidade da divulgação. Em contrapartida, a exposição de fato pretérito, pressupõe, além deste, outro balizamento que é o de não causar prejuízo a terceiros.

Fazendo a demonstração de que essa posição foi adotada em caso análogo pela Corte Constitucional Alemã, Direito ensina que o princípio geral de não causar prejuízos a terceiros nessa hipótese deve ser privilegiado em relação à manutenção da liberdade de manifestação, em face do enfraquecimento do interesse público.

A correta lição do professor cai como uma luva no presente caso, em que quase 30 anos depois, o caso estava completamente esquecido, *não havendo fato novo que pudesse justificar toda a produção feita para levar ao ar o programa.*

Caso absolutamente diverso, podemos constatar com a recente soltura do árabe que tentou matar o Papa João Paulo II, que levou as redes de notícias, aproveitando o fato novo, a traçar um paralelo do que tinha acontecido há anos atrás.

Este processo, não tem uma linha que possa justificar a retomada do interesse jornalístico em sua divulgação. Ao contrário, exala um inegável odor de oportunidade comercial, de interesse exclusivo da empresa de televisão.

Entre a proteção da liberdade intelectual e aos demais direitos e garantias individuais, deve-se optar por estes, sempre que o interesse em obtenção de lucro passe a alinhar risco à esfera de proteção jurídica do cidadão.

É inegável que os impressionantes fatos relatados na inicial, corroborados pela prova testemunhal trazida aos autos tinham enorme potencial ofensivo ao resguardo da intimidade, vida privada, honra e imagem do autor, já que pessoas que passaram a conviver com ele a menos de 30 anos, tais como seus filhos e netos não sabiam do caso.

Constitui evidente quebra de preservação do direito a privacidade, a divulgação, por terceiros, com nítidos interesses comerciais, de fatos pretéritos, que por

razões pessoais, que só ao autor diz respeito preferiu não relatar a seus entes queridos.

A própria Constituição Federal impõe limite à própria atividade intelectual e de imprensa, ao balizar seu exercício ao “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. (art. 221, IV).

A vida privada abrange não só a intimidade, mas também o direito ao segredo, pelo qual fatos de interesse pessoal não podem ser divulgados, mesmo sem interesse comercial, sem a autorização do personagem.

Por todos os ângulos que se pretenda analisar, conclui-se que a *ninguém, desrespeitando proteção de um direito elevado à categoria de garantia individual pela Constituição Federal, é dado o direito de causar injusto prejuízo a outrem.*

Nos casos em que a divulgação de fato pretérito possa causar prejuízo a outrem, a sua publicidade dependerá de autorização do possível lesado, já que, como se disse linhas acima, nem mesmo a Administração Pública é dado revelar.

O princípio de não se causar prejuízos a terceiros ainda é mais forte do que o direito de se exercer uma atividade comercial por mais nobre que esta seja.

Assim, entendi que a recorrente tinha razão apenas em parte, no que respeita ao *quantum* fixado na sentença, que adaptando aos princípios da razoabilidade, entendi dever ser minorado ao patamar de 100.000,00 (cem mil reais), mantida no mais a condenação acessória.

Por esses motivos, ousando discordar da maioria, dava parcial provimento ao recurso”.¹⁸ (destacou-se)

Chama atenção, no pronunciamento do Desembargador vencido, a utilização, durante a ponderação de interesses, do conceito de justiça para revestir aquilo que é legal. Parece, com isso, que na ponderação, em que há maior margem discricionária ou efetiva de acordo com o caso específico, cabendo, então a busca pelo justo, que, sabemos, deveria nortear também o legislador, mas não raro o que é legal é justo. A ponderação é a possibilidade de, diante de um caso concreto, ser justo.

Uma importante diferenciação feita no voto vencido merece destaque: a de fato presente e fato pretérito, para a qual se invoca o estudo de Carlos Alberto Direito. Para ele, a divulgação de fato atual só tem como balizador a necessidade de se observar a verdade, a veracidade. No tratamento de fatos pretéritos, ao contrário, o norteador é a vedação a se causar prejuízo a outro.

Diante de tal constatação parece clara a conceituação ali presente do direito à identidade pessoal: deve-se respeitar o que se é no momento em que se vai retratar os fatos. No momento presente, o ato corresponde à identidade da pessoa, e por isso o único requisito exigível é o da verdade. No momento pretérito, ao contrário, a pessoa já se transmutou no tempo, fazendo com que não seja aquele um retrato que lhe pretenda ser fiel.

¹⁸ TJRJ, Apelação Cível nº: 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Des. Antonio Cesar Siqueira – revisor, voto vencido.

Há, ainda, outra distinção que deve ser observada: a de se retratar ato praticado por pessoa viva e aquele praticado por pessoa morta. Enquanto a pessoa estiver viva, é importante que se observe sua identidade e que esta seja retratada da mais adequada e correspondente maneira possível com o que se é atualmente. Quando falece, no entanto, se faz surgir o direito à verdade histórica, que é concretizado através de um panorama da vida daquela pessoa como um todo, com todos os seus atos, contradições e coerências, erros e acertos.

O que está em questão, portanto, é se uma pessoa, em virtude do direito de informação, poderá ser eternamente rotulada, podendo sempre trazer à tona, e lembrando publicamente tal ato nefasto, não importando quanto tempo passe, as sanções que lhe foram impostas e o que a pessoa se tornou passado aquele tempo.

Parece-nos que uma pessoa não pode pagar toda a sua existência por um erro ou um crime que tenha cometido. O direito à identidade pessoal impõe que a pessoa deva ser retratada como é naquele dado momento, não justificando que se lhe rotule em virtude de atos pretéritos, mesmo que por ela cometidos. Assim, verifica-se que há, no conteúdo aqui defendido do direito à identidade pessoal, um direito ao esquecimento, denominado, no ordenamento jurídico italiano, como *diritto all'oblio*, citado, inclusive, no voto vencido do caso em questão.

O direito ao esquecimento visa proteger justamente esse aspecto da efetivação identidade pessoal; faz com que se imponha a retratação da pessoa como ela é naquele momento específico, pelo seu estilo individual social, não havendo que se falar em verdade histórica.

Há que se destacar, no entanto, que isso perdura enquanto a pessoa viver, justamente para que não lhe seja deturpada a identidade daquele momento em que é retratada, considerando que é algo fluido e mutante ao longo do tempo. No entanto, a partir do momento do falecimento, pode-se então retomar os atos da vida daquela pessoa, estabelecendo-se, com a superveniência da morte, uma identidade concebida como verdade histórica, em atenção à sua memória e, eventualmente, quando for o caso, à história.

Assim, parece-nos que, no caso especificamente apreciado, deve prevalecer o direito à identidade pessoal em detrimento do direito à informação. Nesse sentido, nossa argumentação está em consonância com o exposto no voto vencido, exceto pelo fato de que nele não se menciona explicitamente que o que se tutela é justamente o direito à identidade pessoal.

7.2.2

Identidade pessoal vs direito de crítica

A liberdade de crítica tem ampla proteção, encontrando somente o limite da degradação injuriosa, e se tem afirmado que não existe opinião falsa: uma valoração quanto à verdade ou falsidade pode ser aplicada somente a uma afirmação de fato e não ao juízo crítico. O problema maior se coloca quando o (des)valor dado sobre uma pessoa se baseia em uma atribuição de fato não verdadeiro, no qual, por exemplo, uma eventual crítica se faz dentro de uma obra de fantasia, atribuindo determinados fatos a um personagem parcialmente inventado. Na jurisprudência tem prevalecido a tendência a legitimar o direito de crítica, mesmo nessa hipótese, sob a condição de que a crítica não seja sorrateiramente introduzida, fazendo as vezes daquela que é apresentada como uma exposição neutra dos fatos: é necessário que haja uma suficiente distinção entre a apresentação da notícia e o comentário a ela feito, segundo um juízo razoável. Conseqüentemente, a polêmica política, ainda que áspera, é plenamente lícita enquanto o juízo político sobre o adversário seja expressa e destacadamente parcial, desde que não se resolva em uma voluntária, evidente e objetiva alteração dos fatos. O juiz pode verificar se determinado fato atribuído ao adversário político é verdadeiro ou falso, no caso em que a atribuição daquele fato se faça a base para a formulação de um juízo, mas não pode examinar a legitimidade em si de um juízo valorativo razoavelmente genérico referido ao pensamento político do outro. Assim, o juiz poderá sancionar os juízos políticos que são lesivos aos direitos das pessoas sobre as quais são expressos, mas somente na medida em que tais juízos sejam baseados em uma alteração e manipulação dos fatos e, portanto, sobre a atribuição, ainda que indireta, de fatos inverídicos.¹⁹

Um exemplo de lesão à identidade pessoal nessa hipótese remete à decisão italiana de 1979, do Tribunal de Turim, já mencionada,²⁰ em que a questão girava em torno de panfletos confeccionados pelo Partido Comunista italiano, destinados à propaganda eleitoral. Neles se afirmava que o líder do Partido Radical italiano estava inscrito na lista de candidatos a representantes da Nova República, grupo

¹⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 113-114.

²⁰ V. Capítulo 4, *supra*.

político de aspiração ideológica diversa daquela defendida pelos radicais italianos. Tal fato, inverídico, não consistia em crítica ou um juízo valorativo com relação àquele político, mas se procedeu, por meio da imputação de um fato não condizente com a realidade, a uma desconfiguração da sua identidade política, prevalecendo, assim, o direito à identidade pessoal.²¹

7.2.3 Identidade pessoal vs direito de sátira

A sátira representa uma ambivalência: por um lado remete à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF), por outro, em alguns aspectos integra a liberdade de criação artística (art. 5º, IX, CF). Essa ambigüidade é refletida na doutrina, em que há entendimentos que destacam que a liberdade de sátira frequentemente retrata o inverossímil e o exagero e, portanto, não seria fonte de informação para o público. Outros, no entanto, que o enfocam como a expressão satírica (especialmente no que diz respeito à sátira política de costumes) veicula uma mensagem preciosa a ela assimilada, e portanto dotada de uma importante função social de controle difuso da opinião pública sobre quem tem o poder. Na jurisprudência se entende, em linhas gerais, que no balanceamento entre direito de sátira e os direitos da personalidade não seriam aplicáveis aqueles critérios do jornalista quanto à ponderação com o direito de informação, em especial da veracidade dos fatos (a sátira é, por sua natureza, um a deformação grotesca da realidade) e a correção da exposição. Antes, se deve verificar: a) a efetiva notoriedade do personagem objeto de sátira, e b) a coerência entre a importância pública do personagem e os fatos objetos de elaboração satírica. Auxiliam nessa investigação as posteriores variações indicadoras de ilicitude, os quais causam alterações do nome ou da imagem, a realização de insólitas aproximações imorais ou repugnantes, a atribuição de fatos ofensivos mediante a representação irônica ou tendenciosa de fatos pessoais e assim por diante²².

No entanto, no caso de a sátira estar estreitamente ligada a uma atividade informativa - como no caso das charges postas em jornais, do qual retém os argumentos e os tons -, segundo a jurisprudência essa vem atraída no sistema dos

²¹ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., pp. 63-64

²² Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 114-115.

limites do direito de crônica e de crítica. Assim, se percebe que as características da sátira rendem mais provavelmente um conflito com a reputação e/ou a privacidade da pessoa atingida que com o direito à identidade pessoal. A sátira é, por sua natureza, deformação grotesca da realidade, mas se tem como ponto de partida inevitavelmente fatos verdadeiros (ou presumidamente verdadeiros), enquanto que a identidade pessoal é lesada a partir da atribuição de fatos não verdadeiros. Vislumbrando uma eventual ponderação definitiva baseada no critério da veracidade, se terminaria por suprimir qualquer forma de sátira e a possibilidade de sua existência.²³

Assim, as variações dos fatos e dos pensamentos de outrem implicam critérios subjetivos de apreciação, muito variáveis. A sátira, a comédia, e a caricatura poderão acentuar e exagerar determinados traços individuais, explicáveis por razões inerentes à própria atividade artística, sendo lícitas desde que não insultuosas.²⁴ Veja-se, assim, um julgado da Corte de Cassazione sobre o direito de sátira em contraposição ao direito à identidade pessoal:

“CASSAZIONE CIVILE, SEZ.III, 29 MAGGIO 1996, N. 4993

Craxi contro società editoriale La Repubblica e Scalfari. Contenuto diffamatorio della dignità, onorabilità e rispettabilità di Craxi in una vignetta di Forattini abbinata a un articolo, sulle pagine de "La Repubblica" del 7 febbraio 1987, relativo a finanziamenti illeciti a favore del partito socialista. Pur essendo il diritto di satira garantito in Costituzione e pur non applicandosi ad esso i criteri del legittimo esercizio del diritto di cronaca, secondo la Cassazione non può comunque essere esercitato indiscriminatamente. Anzi è soggetto ai limiti della coerenza causale tra qualità della dimensione pubblica del personaggio fatto oggetto di satira e il contenuto artistico ed espressivo sottoposto ai lettori. E' pertanto illecita la satira meramente denigratoria.

Contrasti dottrinali su questo orientamento, non condiviso da chi ritiene la satira ben lontana dall'informazione e dai limiti imposti a questa.”²⁵

7.2.4

Identidade pessoal vs direito de (re)elaboração artística

Uma pessoa pública, célebre, deve suportar sacrifícios a sua privacidade que são impostos por um sério e justificado interesse da coletividade ao

²³ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 115-116.

²⁴ Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 253.

²⁵Disponível em: <http://www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/temi_giurispr.htm> . Acesso em: 10 jan. 2006.

conhecimento da sua vida e da sua obra. O reconhecimento público, que se manifesta de diversas formas – filmes, reportagens, fotos²⁶ - pode servir a uma melhor valoração das causas e dos elementos da sua notoriedade, do seu sucesso, e ainda da sua importância social, prevalecendo, nesse caso, a instância social sobre a individual. No entanto, caso sirva somente a alimentar o gosto pela indiscrição e pela curiosidade, com sacrifício dos sentimentos pessoais mais reservados, não sendo objeto de interesse sério e justificado, tal fato pode assumir relevância jurídica: conserva, então, pleno valor à necessidade ético-jurídica de tutelar a pessoa humana, na sua exigência fundamental de privacidade.²⁷

Essa é uma hipótese diversa daquelas até então tratadas, e diversos são os critérios de ponderação. É preciso primeiramente distinguir a hipótese da lesão resultante de uma obra declaradamente e inteiramente fictícia daquela causada por uma obra que teria um teor documentário, realístico ou de denúncia. Com algumas adaptações, essa mesma distinção, aplicável aos filmes, poderia incidir sobre as obras literárias. No primeiro caso, a jurisprudência tem entendido que a liberdade de criação do artista é absolutamente soberana, o que significa que dificilmente poder-se-á verificar lesão à esfera da personalidade (identidade pessoal ou mesmo honra, reputação, intimidade, imagem) por parte da obra. Diz-se que pretender o respeito à verdade histórica ou ao que se é, em uma obra declaradamente fictícia, é uma contradição em termos.²⁸

A segunda hipótese se coloca do lado oposto ao acima descrito e diz respeito aos filmes baseados em fatos reais, que fazem reconstrução, geralmente destinada aos programas televisivos, de fatos relativamente recentes que chamaram a atenção da opinião pública. Esses são dramatizados e muitas vezes colocam-se fatos puramente inventados para dar maior dramaticidade e coerência da narrativa. Frequentemente, nesses casos, se recorre à “máscara cênica”, isto é, à representação mais fiel possível da pessoa vivida pelo intérprete: o processo de incorporação da pessoa real pelo ator é feito atribuindo diretamente ao personagem o nome e a identidade da pessoa verdadeira, e/ou utilizando um ator

²⁶ Adriano DE CUPIS salienta que “o direito de imagem prevalece sobre o direito de autor daquele que fez o retrato. Uma vez que o sujeito é tutelado contra a publicidade da sua imagem, o direito do autor é despojado do seu conteúdo. É de notar a prevalência de um direito não-patrimonial sobre um direito patrimonial, - o que é compreensível tratando-se, como sabemos, de um direito essencial”. (*Os Direitos da Personalidade*, Campinas: Romana, 2004, p. 143).

²⁷ Adriano DE CUPIS, *Teoria e Prática del Diritto Civile*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 58.

²⁸ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 116-117.

particularmente semelhante ao sujeito reproduzido. Esse gênero de criação artística pode evidentemente se traduzir em alteração da verdade ou mesmo da identidade pessoal da pessoa real retratada na narrativa, além de, em alguns casos, violar seu direito de imagem, à intimidade e à honra. O efeito produzido, em geral, é o de uma mistura mais ou menos equilibrada de verdade e verossimilhança, tanto que se discute em jurisprudência a equivalência dessa forma artística à crônica, enquanto crítica por imagem. Cumpre ressaltar, no entanto, que a potencialidade lesiva dessa forma de representação é bem superior à da crônica propriamente dita, pois a narrativa e a reconstrução por imagens tem efeitos evocatórios e sugestivos bem maiores que a palavra escrita ou mesmo a exposição oral de uma notícia em um jornal televisivo.²⁹

Desde 1960 a Corte de Cassação italiana fazia referência à falsa referência dos caracteres essenciais da personalidade, ao direito à verdade sobre as próprias opiniões, mas circunscrevendo o problema ao limitado âmbito da intimidade ou da verdade histórica.³⁰

O efeito da representação verossímil dos fatos retratados, verídicos e fictícios, é o de amplificar em medida exponencial em função do meio utilizado para transmitir aquela mensagem, provocando uma sobreposição na percepção do público entre identidade “real” do indivíduo e aquela forjada. Quanto a essa questão, está se consolidando na jurisprudência uma orientação rigorosa, que tende a reduzir o âmbito de operatividade lícita da funcionalização. A premissa é de que um filme documentário gera no espectador uma pretensão que não é a mesma de um filme que se disponha ao mero entretenimento. Com isso, a jurisprudência tem feito uma ponderação entre o direito à identidade pessoal e o direito de criação artística, utilizando cumulativamente o princípio da veracidade e da presença ao menos de um efeito depreciativo na reconstrução romantizada. Assim, segundo a jurisprudência, a representação artística pode ser feita contendo uma mensagem política, ou uma reflexão social, mas não pode fazer uma manipulação dos acontecimentos e fatos da pessoa retratada mediante atribuição de fatos ou características não correspondentes à verdade. A tudo, o entanto, deve

²⁹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³⁰ Carlos Fernandez SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, cit., p. 54.

se considerar o ulterior critério do interesse público, devendo o juiz, então, analisar casuisticamente, com base em tais apontamentos.³¹

Dá-se relevo jurídico às hipóteses nas quais são representados um autêntico e sério interesse público ao conhecimento da imagem pessoal.³²

³¹ Giorgio PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., pp. 117-118.

³² Adriano DE CUPIS, *Teoria e Pratica del Diritto Civile*, cit, p. 57.